

Les compétences de la Confédération en matière d'accueil extrafamilial et parascolaire

Avis de droit

établi à la demande
de la Jacobs Foundation, Zurich

Sommaire

I. Introduction : mandat, objet et plan de l'étude	2
II. Le contexte politique, socio-économique et statistique de l'accueil extrafamilial et parascolaire ...	4
A. Observations liminaires : la question du rattachement de l'accueil extrafamilial et parascolaire à un domaine politique déterminé.....	4
B. La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale comme problématique essentiellement féminine	5
C. L'influence du contexte social et des politiques publiques dans la compréhension des interactions familiales lors de la transition à la parentalité	7
D. L'accueil extrafamilial et parascolaire comme mesure de politique sociale favorisant la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et l'adoption par les couples de pratiques égalitaires	9
E. Enseignements et conclusions intermédiaires.....	12
III. Brève présentation de la réglementation fédérale et de son évolution en d'accueil extrafamilial et parascolaire.....	13
A. Les premières réglementations fédérales et leur fondement constitutionnel.....	13
B. L'évolution ultérieure et les diverses prolongations de la loi.....	14
IV. L'analyse juridique des questions posées : les compétences de la Confédération.....	17
A. L'avis de droit de l'Office fédéral de la justice de 2001.....	17
B. L'évolution des conceptions, notamment en doctrine et dans la pratique, depuis 2001	19
1. Remarques liminaires : les différentes dispositions pertinentes	19
2. L'art. 116 al. 1 de la Constitution.....	20
3. L'art. 41, spécialement al. 1 let. c et d de la Constitution.....	21
4. L'art. 8 al. 3 de la Constitution	24
5. Excursus : l'apport du droit international, notamment de la Convention relative à l'interdiction des discriminations à l'égard des femmes	26
6. L'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution.....	28
C. Appréciation et conclusions propres quant aux questions posées	34
1. Résumé des enseignements tirés de l'analyse de la doctrine et appréciation.....	34
2. Conclusions : réponses aux questions.....	36
V. Synthèse et résumé des conclusions.....	38
A. Le contexte politique, socio-économique et statistique	38
B. L'analyse juridique	39
1. L'avis de l'Office fédéral de la justice de 2001.....	39
2. L'analyse de la doctrine et de la pratique ultérieures : enseignements et appréciation.....	39
3. Conclusions et réponses aux questions posées	41

I. Introduction : mandat, objet et plan de l'étude

1. **La demande d'avis ou d'expertise.** – Après quelques discussions préalables, Monsieur Chris Goodmann, Programm Manager et responsable de la campagne READY pour la Jacobs Foundation, a sollicité du premier soussigné, par courriel du 10 novembre 2020, la rédaction d'un avis de droit sur la portée de la compétence de la Confédération en matière d'accueil extrafamilial des enfants (*familienergänzende Kinderbetreuung*).

Il était par ailleurs précisé que la demande était formulée en lien avec des discussions à l'ordre du jour de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national.

2. **L'acceptation et la confirmation du mandat.** – Après des échanges de courriels des 10 et 11 novembre 2020, le premier soussigné a accepté le mandat. Il a été convenu que le présent avis serait délivré pour la mi-janvier 2021 au plus tard.
3. **L'objet et l'étendue de l'étude.** – Le mandat définissait comme suit les éléments factuels de base ainsi que le contexte politique et juridique de l'étude à effectuer :

Ausgangslage

Gemäss BfS wurden 2018 rund zwei Drittel der Kinder unter 13 Jahren familien- und schulergänzend betreut. 32 Prozent der Kinder werden (exklusiv oder in Verbindung mit anderen Lösungen) in Kitas oder schulergänzenden Tagesstrukturen betreut, 33 Prozent von Grosseltern, die damit jährlich 160 Mio. Stunden unbezahlte Arbeit in der geschätzten Höhe eines Geldwertes von über 8 Milliarden Franken leisten. In den letzten zwanzig Jahren wurde auch in der Schweiz das Angebot an familienergänzenden Betreuungsstrukturen auf- bzw. ausgebaut. Doch im Vergleich zu anderen europäischen Ländern hinkt die Schweiz sowohl in der Angebotsdichte als auch in finanzieller Tragbarkeit durch die Eltern weit hinterher. Je nach Region bzw. Kanton fehlen die Angebote – oder aber sie sind so teuer, dass sie in vielen Familien die Erwerbstätigkeit der Eltern, insbesondere der Mütter, in Frage stellen.

Die kaufkraftbereinigten Vollkosten für einen Kinderbetreuungsplatz sind in der Schweiz vergleichbar mit dem europäischen Ausland: Gemäss der «Analyse der Vollkosten und der Finanzierung von Krippenplätzen in Deutschland, Frankreich und Österreich im Vergleich zur Schweiz» (BSV/Infras 2015) kostet ein Betreuungsplatz pro Tag 111-112 Franken, 75 bis 80 Prozent davon sind Personalkosten. Rekordhoch ist jedoch die Beteiligung der Eltern an der Finanzierung: Während der Elternanteil an den Vollkosten im europäischen Umland bei maximal 25% liegt, liegt er beispielsweise in der Waadt bei 38% und im Kanton Zürich gar bei 66%. Das führt dazu, dass Eltern in der Schweiz ein gutes Fünftel des Familieneinkommens für die familienergänzende Betreuung von zwei Kindern während dreieinhalb Tagen pro Woche bezahlen. Die hohen Elternkosten begründen sich dadurch, dass die öffentliche Hand in der Schweiz sehr wenig in die vorschulische Kinderbetreuung investiert: Gemäss Schätzungen der OECD sind es 0.2% des Bruttoinlandprodukts, gemäss Schätzungen von Infras/BSV (2015) sogar nur 0.1% (600 Mio. CHF). Der OECD-Schnitt ist 0.8%, in Schweden sind es gar 2 %, also mindestens zehnmal mehr als in der Schweiz.

Regulierung und politischer Kontext

Die familienergänzende Kinderbetreuung ist in der Schweiz grösstenteils kantonal bzw. kommunal geregelt, der Bund unterstützt sie jedoch über verschiedene befristete Finanzhilfen. Diese betragen seit Anfang Jahrtausend im Schnitt jährlich rund 50 Millionen Franken.

Das bescheidene Engagement des Bundes wird vermehrt in Frage gestellt. Insgesamt ist das Thema der frühen Kindheit dank verschiedener Initiativen stärker in den nationalen Politfokus gerückt. Aus diesen Aktivitäten ist nicht zuletzt auch ein Postulat der Bildungskommission des Nationalrats erfolgreich überwiesen worden, welches eine nationale Strategie zur Frühen Kindheit fordert. Verstärkt durch die Corona-Pandemie fokussiert die politische Diskussion aktuell auf das Thema «Vereinbarkeit von Familie und Beruf» und familienergänzende vorschulische Betreuungsangebote. Frauenorganisationen ist es überparteilich gelungen, im Rahmen der Legislaturplanung 2019-2023 in der vergangenen Session vom Bundesrat eine Botschaft zur «Erleichterung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf» sowie eine «Strategie» im selben Themenbereich einzufordern.

Die nationalrätliche Bildungskommission wird sich am 20./21. Januar 2021 explizit dem Thema der Vereinbarkeit widmen, ein breites Hearing durchführen und ein gemeinsames Vorgehen aufgleisen. Im Ständerat wurden auch bereits ähnliche parteiübergreifende Initiativen gestartet.

Bei vielen Diskussionen um politische Massnahmen im Bereich der Frühen Kindheit spielt die Frage nach der verfassungsmässigen Zuständigkeit und Kompetenz des Bundes eine Schlüsselrolle. Hier bestehen nicht nur unterschiedliche Haltungen, sondern auch rechtliche Unsicherheiten zur Auslegung der massgebenden Verfassungsbestimmungen, welche den Bereich der Frühen Kindheit betreffen. So stellt sich insbesondere der Bundesrat üblicherweise auf den Standpunkt, dass in erster Linie die Kantone und Gemeinden für die familienergänzende Kinderbetreuung zuständig seien. Die Rolle des Bundes sei subsidiär. Tatsächlich stützte der Bund die befristete Anstossfinanzierung für Krippenplätze jeweils auf Artikel 116 der Bundesverfassung, wonach dem Bund in diesem Bereich lediglich eine Unterstützungskompetenz zukommt und er ausschliesslich das Engagement von Dritten unterstützt.

Verfassungsrechtliche Ausgangslage für eine Bundespolitik zur familienergänzenden KiBe

Die familienergänzende Kinderbetreuung kann thematisch sowohl der Familienpolitik, dem Bildungsbereich, der Kinder- und Jugendpolitik (bzw. Frühförderung), der Gleichstellung der Geschlechter sowie der Vereinbarkeit und damit beim Erwerbsleben angegliedert werden. Für die Familienpolitik hat der Bund keine bzw. nur eine Unterstützungskompetenz. Der Bundesrat vertritt in Stellungnahmen und Berichten deshalb jeweils die Auffassung, dass in erster Linie die Kantone und Gemeinden für die familienergänzende Kinderbetreuung zuständig sind. Die Rolle des Bundes sei subsidiär.

In den letzten zwanzig Jahren hat der Bund sein Engagement im Bereich der familienergänzenden Kinderbetreuung jeweils auf Art. 116 Abs. 1 Satz 2 der Bundesverfassung gestützt – und somit auf die subsidiäre Unterstützungskompetenz des Bundes in der Familienpolitik. Gemäss dieser Bestimmung kann der Bund Massnahmen Dritter (Kantone, Gemeinden, Private) unterstützen. Er beteiligt sich finanziell mit Finanzhilfen an der familien- und schulergänzenden Kinderbetreuung, die er an Bedingungen knüpft. Da es sich bei Art. 116 BV um eine sog. Unterstützungskompetenz handelt, kann der Bund auf dieser Basis lediglich Massnahmen Dritter (Private, Kantone) unterstützen, d.h. er kann nicht von sich aus generell im Interesse des Familienschutzes tätig werden.

Anders dürfte es aussehen, wenn der Bund seine Massnahmen im Bereich der familienexternen Kinderbetreuung zusätzlich auf Art. 110 i.V.m. Art. 8 und 41 BV basieren würde. Dies bestätigt ein Gutachten des Bundesamts für Justiz aus dem Jahr 2001. Das Bundesamt für Justiz erörtert in diesem Gutachten die Frage, inwiefern das Impulsprogramm verfassungskonform ist und bestätigt dies in der Folge. Interessanterweise zieht es dabei nicht nur Artikel 116 BV (Familienpolitik) sondern auch Art. 41, Art. 110 und Art. 8 BV bei. Das Bundesamt für Justiz zieht darin den Schluss, dass auch Art. 110 BV als kompetenzbegründende Norm herangezogen werden kann für Massnahmen im Bereich der Kinderbetreuung welche die Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Erwerbsleben betreffen.

Soweit ersichtlich wurde die Frage in der juristischen Literatur bisher nicht beantwortet, welche verfassungsrechtlichen Grenzen der Bund bei der Ausgestaltung seines Engagements in der Frage der familienergänzenden Kinderbetreuung zu beachten hat und welche Möglichkeiten sich ihm hier im Rahmen der geltenden Verfassung bereits bieten. Beispielsweise dürfte eine unbefristete Unterstützung bereits im Rahmen von Art. 116 BV möglich sein. Welche weitergehenden Möglichkeiten Art. 110 BV und/oder allenfalls auch weitere Verfassungsartikel bieten, bleibt bis heute unklar.

Fragen

1. Kann aus Art. 110 i.V.m. Art. 41 und Art. 8 BV eine Verfassungsgrundlage für bundesrechtliche Regelungen der familienergänzenden Kinderbetreuung abgeleitet werden?
2. Welche Grenzen hat der Bundesgesetzgeber dabei zu beachten?

4. **Les questions posées au présent avis, la démarche et la méthode utilisées.** – Les questions posées au présent avis consistent donc à se demander, dans un premier temps, quelles sont les compétences de la Confédération en matière de réglementation de l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants et, en particulier, s'il est possible de déduire de l'article 110 de la Constitution fédérale, en lien avec les articles 41 et 8 de la même Constitution, une compétence en la matière. Dans un second temps, et à supposer qu'une compétence législative fédérale fût admise sur cette base, il s'agit d'examiner quelles sont les (éventuelles) limites qui s'imposent ou s'imposeraient au législateur fédéral.

Pour répondre à ces questions, le présent avis se fonde, s'agissant de la démarche, sur les méthodes traditionnelles de l'analyse juridique et sur les sources habituelles et généralement disponibles de la réglementation en vigueur – qu'elle soit constitutionnelle ou législative –, de la jurisprudence et de la doctrine juridique, ainsi que de la pratique des autorités, législatives et administratives. Compte tenu des engagements que la Suisse a souscrits, l'analyse fera aussi

appel, accessoirement, à des sources de droit international. Vu la problématique évoquée, l'avis se fondera en outre, dans un premier temps, en les résumant, sur les données factuelles d'ordre socio-économique et statistique qui forment le contexte de la question soumise à l'analyse.

5. **Le plan de l'étude.** – Pour ce qui est du plan, nous proposerons donc tout d'abord, dans une deuxième partie faisant suite à cette introduction, et avant d'entrer dans le cœur de la question, un exposé, aussi succinct que possible, de ce contexte socio-économique et statistique (partie II ci-après). L'avis rappellera ensuite, brièvement, dans la troisième partie, l'évolution qu'a connue, en Suisse, la réglementation légale de l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants depuis une vingtaine d'années (partie III). Enfin, la quatrième partie, qui constitue le cœur de l'étude, se concentrera sur l'analyse juridique proprement dite (IV). Elle commencera par rappeler la substance et les conclusions de l'avis de droit publié à ce sujet par l'Office fédéral de la justice en 2001 (IV.A), puis proposera une analyse approfondie de la doctrine publiée depuis lors en lien avec les questions posées (IV.B), pour déboucher sur l'appréciation et les conclusions des auteurs du présent avis à propos de ces questions (IV.C). La dernière partie de l'avis, qui servira à la fois de synthèse et de résumé, reprendra les principales conclusions des auteurs et leurs éventuelles recommandations (V).
6. **Précisions terminologiques.** – On précisera encore que d'un point de vue terminologique, le présent avis emploiera, pour traduire et exprimer les termes de « *familienergänzende Kinderbetreuung* »¹, la notion d'« accueil extrafamilial et parascolaire des enfants ». Cette notion se réfère aux définitions utilisées par l'Office fédéral de la statistique dans son rapport relatif à l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants en 2018². Ainsi, l'*accueil extrafamilial et parascolaire des enfants* est défini comme la prise en charge régulière d'enfants par des structures d'accueil ou par des personnes affiliées à une association ou à un réseau (garde institutionnelle), ou par des personnes privées, en général externes au ménage (garde non institutionnelle). La garde institutionnelle, payante et subventionnée dans certains cas, comprend les structures privées ou publiques prenant en charge des enfants. Les crèches, garderies, accueil parascolaire, unités d'accueil pour écoliers sont considérés ici comme un mode de garde institutionnel. La garde non institutionnelle renvoie quant à elle à la prise en charge extrafamiliale des enfants par des personnes en dehors d'une organisation. Il peut s'agir de professionnel·le·s indépendant·e·s, comme des familles de jour ou des « nounous » (garde formelle), mais aussi de proches ou de connaissances des parents (garde informelle). Dans ce dernier cas, l'aide fournie n'est généralement pas rémunérée.

II. Le contexte politique, socio-économique et statistique de l'accueil extrafamilial et parascolaire

A. Observations liminaires : la question du rattachement de l'accueil extrafamilial et parascolaire à un domaine politique déterminé

7. **Les divers rattachements envisageables.** – Comme cela ressort du mandat tel qu'il a été rappelé plus haut (N. 3), les mesures étatiques concernant l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants peuvent, théoriquement ou conceptuellement, être rattachées à différents domaines thématiques ou différentes politiques publiques : politique familiale, politique de l'éducation et

¹ La loi fédérale actuelle (en allemand *Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung* [KBFBHG]), parle en français d'*accueil extra-familial pour enfants* (*Loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants* [LAAcc], du 4 octobre 2002, RS 861).

² Office fédéral de la statistique, *Accueil extrafamilial et parascolaire des enfants en 2018*, Neuchâtel, 2020, p. 2.

de la formation, politique de l'enfance et de la jeunesse, politique en matière d'égalité entre femmes et hommes, domaine de la conciliation entre vie professionnelle et vie privée ou familiale, etc. Or, selon le domaine ou la politique publique auxquels on pense ou vers lesquels on se tourne, la base constitutionnelle recherchée sera ou pourra être différente.

8. ***Du rattachement traditionnel, en Suisse, à la politique familiale....*** – Traditionnellement, en Suisse, du moins depuis que la question s'est posée en termes de politique fédérale, il y a une vingtaine d'années, l'accueil extrafamilial et parascolaire a été considéré et conçu comme un instrument de la politique familiale, comme cela est relevé également dans le mandat rappelé plus haut, et ainsi qu'on le verra encore en détail, plus loin. La première législation fédérale en la matière, la *loi fédérale* du 4 octobre 2002 *sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants*³, trouve en effet son fondement, du point de vue constitutionnel, dans l'art. 116 al. 1 de la Constitution fédérale, dont la teneur est la suivante : « Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les besoins de la famille. Elle peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille ».

C'est dans cette optique, de protection de la famille qu'un programme d'impulsion à la création de nouvelles places d'accueil a été mis en place par la Confédération à l'époque.

9. ***... à un rattachement à la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et à la protection des travailleurs, plus spécialement des travailleuses.*** – Or, diverses études sociologiques et statistiques montrent aujourd'hui que l'accueil extrafamilial et parascolaire est une mesure qui peut tout aussi bien, si ce n'est plus, être rattachée au domaine de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale⁴, et par voie de conséquence à la protection des travailleurs, et plus particulièrement des travailleuses.

Ces études montrent en effet que la charge d'enfants repose toujours – ou du moins essentiellement – sur les mères, mères qui exercent toujours davantage une activité lucrative. A ce titre, les mesures de garde d'enfants ont un lien de causalité directe avec la vie professionnelle des mères. Ainsi, il est permis de s'interroger – c'est précisément ce que fait le mandat à la base de la présente étude – sur la base constitutionnelle sur laquelle se fondent les mesures relatives à l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, qui pourraient éventuellement relever aussi – en plus ou à côté de l'art. 116 – de l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution fédérale, relatif à la protection des travailleurs et travailleuses.

On rappellera brièvement ci-après, avant de l'analyser sous l'angle du droit constitutionnel, ce qui, d'un point de vue factuel, peut justifier cette interrogation.

B. La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale comme problématique essentiellement féminine

10. ***L'impact de la naissance d'enfant(s) sur l'activité professionnelle.*** – La naissance du premier enfant représente pour les couples une transition importante à l'origine d'un processus de divergence dans les parcours de vie des hommes et des femmes⁵. L'arrivée d'un enfant aura

³ RS 861.

⁴ Selon le Conseil fédéral, qui se réfère à l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale s'entend des « conditions permettant de concilier vie familiale et vie professionnelle », conditions qui « sont réunies lorsque les deux parents peuvent participer activement au marché du travail tout en offrant à leurs enfants le meilleur accompagnement et la meilleure éducation possible » ; Conseil fédéral, *Rapport sur les familles 2017*, Berne, 2017.

⁵ GIUDICI FRANCESCO, Le poids du passé : Types de parcours avant la naissance du premier enfant et leur impact lors de la transition à la parentalité, in : LE GOFF JEAN-MARIE/LEVY RENÉ, *Devenir parents, devenir inégaux*, Zurich/Genève, 2016, pp. 24-47, 24. Les indications fournies dans cette première partie de l'avis s'inspirent aussi de MATTHEY FANNY, *L'avenir de la famille, Analyse sous l'angle de l'égalité de traitement, Les communautés de vie en droit social – protection et promotion de la famille : état des lieux*

inévitablement une influence dans la participation au – et la répartition du – travail rémunéré et domestique. Cette influence se fait sentir, encore aujourd’hui, essentiellement chez les femmes, puisque c’est pour elles que les interruptions d’activité professionnelle pour assumer des tâches de prise en charge des enfants sont les plus fréquentes. En effet, l’Office fédéral de la statistique relève dans son enquête suisse sur la population active de 2020⁶ que huit femmes sur dix indiquent avoir interrompu leur activité professionnelle durant un mois au moins par le passé pour s’occuper d’enfants (79%). Parmi toutes les femmes qui assument des tâches de prise en charge d’enfants, 18% ont interrompu leur activité pendant un à six mois, 14% pendant plus de six mois à un an et 11% pendant plus d’une année à deux ans. Les interruptions de deux à trois ans ou de trois à cinq ans sont moins fréquentes : 5,5% et 6,9% respectivement. 22% des femmes ont interrompu au total leur activité professionnelle pendant plus de cinq ans. Ainsi, « quelque 300 000 femmes âgées de 18 à 64 ans au sein de la population résidante permanente ont mis leur carrière professionnelle entre parenthèses pendant une durée relativement longue afin de s’occuper d’enfants »⁷.

Les hommes sont moins nombreux à interrompre leur activité puisque seuls 9% indiquent avoir cessé leur activité professionnelle pendant un mois au moins pour s’occuper d’enfants et, pour une large majorité d’entre eux, l’interruption a duré entre un et six mois (7,2%). Ainsi, si l’interruption a été brève pour la plupart des hommes (entre un et six mois), elle ne l’a été que pour 18% des femmes.

11. **La forte présence des mères sur le marché du travail.** – Pour autant, les mères sont présentes sur le marché du travail, puisque, en 2015, près de quatre mères sur cinq sont professionnellement actives en Suisse⁸. Cependant, le travail à temps partiel est la forme la plus présente parmi cette population puisque 80,6% des mères exercent leur activité professionnelle à temps partiel. Ce n’est le cas que de 37,7% des femmes sans enfant⁹. Il semble donc y avoir une corrélation entre l’arrivée de l’enfant et la réduction du taux de l’activité professionnelle puisque juste avant de donner naissance à leur premier enfant, un peu moins de la moitié des femmes (46,1%) travaillent à temps partiel. La part de temps partiel augmente de 34,5 points de pourcentage (à 80,6%) à leur retour au travail¹⁰. La forte croissance du temps partiel après une première maternité conduit ainsi à un recul de 22 points de pourcentage du taux d’occupation moyen (de 80% à 58%), soit l’équivalent d’un peu plus d’un jour de travail par semaine. Juste avant de donner naissance à leur deuxième enfant, 86,1% des femmes sont déjà à temps partiel. La proportion passe à 88,8% au retour à l’emploi. Le taux d’occupation moyen ne baisse plus que de 3 points (de 50% à 47%)¹¹.

L’arrivée d’un enfant dans le ménage n’entraîne pas de baisse du taux d’occupation moyen des pères, qui ne recule que très légèrement en comparaison à celui d’avant la naissance¹².

Le même rapport de l’Office fédéral de la statistique nous indique que les mères retournent au monde professionnel lorsque les enfants grandissent¹³. Ainsi, la sortie du marché du travail

(titre provisoire), à paraître (2021-2022), fruit d’un projet de recherche codirigé par le premier soussigné et financé par le Fonds national suisse de la recherche scientifique.

⁶ Office fédéral de la statistique, *Enquête suisse sur la population active (ESPA), Concilier travail et famille en Suisse et en Europe, en 2018*, Neuchâtel, novembre 2020, p. 1.

⁷ *Ibid.*, p. 6.

⁸ GIUDICI (cité note 5), p. 9.

⁹ Office fédéral de la statistique, *Enquête suisse sur la population active, Les mères sur le marché du travail*, Neuchâtel, 2016, p. 3.

¹⁰ Office fédéral de la statistique, [...] *Les mères sur le marché du travail* (cité note 9), p. 6.

¹¹ *Ibid.*, p. 1.

¹² De 98,4% à 97,3% ; *ibid.*, p. 3.

¹³ *Ibid.*, p. 6.

au moment de la naissance d'un enfant est souvent temporaire : le taux d'activité est le plus faible chez les mères de très jeunes enfants (mères avec enfant de 0 à 2 ans : 68,8%). Un retour vers la vie active s'opère ensuite graduellement jusqu'à atteindre un taux de participation de 86% chez les mères avec enfant(s) de 12 à 14 ans. Ce taux reste toutefois inférieur de 5 points de pour cent à celui des femmes sans enfant (91,1%).

12. **Résumé et conclusions intermédiaires.** – Ces quelques indications statistiques démontrent que, bien plus que celle des hommes, la trajectoire professionnelle des femmes est intrinsèquement liée à la trajectoire familiale. L'arrivée du premier enfant crée une forte asymétrie dans la participation au marché du travail des deux parents, favorisant un modèle familial dans lequel l'homme travaille – ou continue de travailler – à plein temps sur le marché du travail et la femme à temps partiel afin de s'occuper de la prise en charge des enfants et du ménage¹⁴.

Il est donc possible de conclure, à titre intermédiaire, que la parentalité structure dans notre pays la mise en place d'inégalités de genre.

C. L'influence du contexte social et des politiques publiques dans la compréhension des interactions familiales lors de la transition à la parentalité

13. **Les études sur le rôle et l'influence des politiques sociales.** – De nombreux travaux relatifs à l'influence des politiques sociales sur les relations de genre et l'organisation familiale ont cherché à conceptualiser le rôle et l'impact des politiques institutionnelles ou publiques dans la division sexuelle du travail. Ces recherches ont montré notamment en quoi les caractéristiques et l'étendue des prestations de l'État social influencent de manière cruciale les choix individuels et familiaux en matière de division sexuelle du travail et, par voie de conséquence, l'égalité ou les inégalités de genre¹⁵.

Or, les régimes de politique sociale ou d'« État providence » sont très variables d'un État à l'autre. Alors que certains pays tendent à protéger l'ensemble de leurs populations des risques sociaux et économiques au moyen d'une politique relativement interventionniste, d'autres ont une politique moins interventionniste dans les questions familiales et professionnelles¹⁶.

14. **Les liens entre politiques publiques et trajectoires individuelles et familiales.** – Une étude comparant plusieurs États a ainsi permis de mettre en évidence que les pratiques, genrées ou égalitaires, à l'intérieur des couples suivaient des trajectoires distinctes selon le régime dans lesquels ces couples évoluent¹⁷. Cette étude comparative, regroupant l'analyse d'une vingtaine d'États, a montré que la division sexuelle du travail domestique et du travail rémunéré change en fonction de l'étape biographique (présence d'enfants), mais aussi de l'appartenance au régime d'État plutôt interventionniste ou plutôt peu ou non interventionniste. Il en ressort que les régimes d'État social plutôt interventionnistes, orientés sur l'égalité de genre, favorisent chez la majeure partie des couples la mise en place de pratiques et de choix familiaux égalitaires, alors que dans les régimes moins interventionnistes – ou plus libéraux – les pratiques familiales

¹⁴ *Ibid.*, p. 6.

¹⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹⁶ Sur cette distinction, voir notamment TETTAMANTI MANUEL, Devenir parent en Suisse, une situation paradoxale, in : LE GOFF JEAN-MARIE/LEVY RENÉ, *Devenir parents, devenir inégaux*, Zurich/Genève, 2016, pp. 109-129, spéc. 113, ainsi que VALARINO ISABEL, Les congés parentaux en Suisse : révélateurs de politiques et de représentations genrées, in : LE GOFF JEAN-MARIE/LEVY RENÉ, *Devenir parents, devenir inégaux*, Zurich/Genève, 2016, pp. 235-261, spéc. 240 ; ces auteurs identifient les États à tendance interventionniste avec les régimes sociaux-démocrates alors que les États moins ou peu interventionnistes ou actifs sont qualifiés de régimes libéraux.

¹⁷ BÜHLMANN FELIX/ELCHEROTH GUY/TETTAMANTI MANUEL, Le premier enfant en contexte – l'institutionnalisation du conflit ? in : LE GOFF JEAN-MARIE/LEVY RENÉ, *Devenir parents, devenir inégaux*, Zurich/Genève, 2016, pp. 262-284, spéc. 262.

sont plus inégalitaires¹⁸. Autrement dit, les régimes plutôt interventionnistes permettent ou même favorisent une organisation égalitaire, alors que les régimes moins interventionnistes conduisent à une organisation genrée plus traditionnelle¹⁹.

Certains émettent ainsi l'hypothèse que la participation des femmes au marché du travail ne peut pas être réduite à une question de pur choix mais qu'elle doit être appréhendée dans le contexte des opportunités et contraintes sociales auxquelles les femmes doivent faire face²⁰. Ces opportunités et contraintes sociales sont constituées notamment par les diverses politiques d'État-providence, parmi lesquelles on peut citer les allocations familiales, les déductions fiscales, les congés parentaux, etc., qui ont une conséquence directe sur les pratiques des couples. Les mesures d'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants relèvent également de ces politiques²¹.

Ces différents éléments constituent des faisceaux d'indices permettant d'affirmer que les pratiques inégalitaires résultant de la parentalité sont liées à la politique sociale, les régimes plutôt interventionnistes ayant tendance à favoriser l'égalité au sein du couple – et des choix du couple – alors que la construction d'inégalités durables est propre aux régimes moins interventionnistes en matière de politique familiale.

15. **La situation en Suisse.** – Comme nous l'avons vu plus haut sur la base des éléments mis en exergue par l'Office fédéral de la statistique (B. ci-dessus), la transition à la parentalité, c'est-à-dire la naissance des enfants, structure dans notre pays la mise en place d'inégalités de genre au sein du couple. La situation en Suisse semble donc confirmer l'hypothèse évoquée dans la mesure où la politique familiale suisse – comme le soulignent du reste les auteurs en question – se rapproche de celle des pays peu ou non interventionnistes, impliquant un faible degré de soutien et de services adressés aux familles²². La Suisse se caractériserait même, selon certains, par une quasi-absence de politique sociale favorisant l'adoption par les couples de pratiques familiales égalitaires²³. Comme cela est relevé dans le mandat rappelé ci-dessus, la Suisse est en tout cas parmi les pays d'Europe qui ont la politique sociale la plus modeste, en termes d'investissement public, dans le domaine des structures d'accueil de la petite enfance²⁴.

Comme le Conseil fédéral lui-même le rappelle dans son Message de 2016 concernant la modification de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial²⁵, l'Organisation internationale du travail (OIT) et l'UNICEF recommandent de consacrer au moins 1% du PIB à l'accueil et à l'éducation de la petite enfance²⁶, alors qu'en Suisse, les dépenses dans ce domaine

¹⁸ Selon BÜHLMANN/ELCHEROTH/TETTAMANTI (cités note 17), le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède font partie des régimes plutôt interventionnistes, la Grande-Bretagne, l'Irlande, les Pays Bas et la Suisse plutôt peu ou non interventionnistes.

¹⁹ TETTAMANTI (cité note 16), p. 114. L'auteur se fonde sur l'étude de BÜHLMANN FELIX/ELCHEROTH GUY/TETTAMANTI MANUEL, *The Division of Labour Among European Couples: The Effects of Life Course and Welfare Policy on Value – Practice Configuration*, in : *European Sociology Review*, 26(1), pp. 49-66.

²⁰ TETTAMANTI (cité note 16), p. 114. BÜHLMANN/ELCHEROTH/TETTAMANTI, dans leur étude « *The Division of Labour Among European Couples: The Effects of Life Course and Welfare Policy on Value – Practice Configuration* », mettent en évidence la plus forte propension des couples dans les régimes d'État social peu interventionniste à adopter des valeurs et des pratiques inégalitaires, quand bien même celles-ci étaient égalitaires avant l'arrivée du premier enfant.

²¹ Voir BÜHLMANN/ELCHEROTH/TETTAMANTI (cités note 17), p. 262, qui se réfèrent à BEAT FUX, *Which models of the family are encouraged or discouraged by different family policies*, in : KAUFMANN F.X./KUIJSTEN A./SCHULZE H.J./STROHMEIER H.P. (édit.), *Family Life and Family Policy in Europe*, Volume 2 : *Problems and issues in Comparative perspective*, Oxford/New York 2002, pp. 363-418.

²² VALARINO (citée note 16), p. 243.

²³ TETTAMANTI (cité note 16), p. 115

²⁴ Cf. N 3 *supra*.

²⁵ *Message concernant la modification de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants*, du 29 juin 2016, FF 2016 6161-6210, spéc. 6179.

²⁶ Voir à ce propos les *Directives sur la promotion du travail décent pour le personnel de l'éducation de la petite enfance* (2014), OIT, Rapport final, MEECE/2013/10, p. 9, ch. 29, disponible sous www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/normativeinstrument/wcms_236530.pdf, ainsi que *La transition en cours dans la garde et l'éducation de*

se montaient en 2009 à 0,2 % du PIB seulement, ce qui correspond au tiers des dépenses consenties par les pays membres de l'OCDE²⁷.

16. **Résumé et conclusions intermédiaires.** – Il est permis de constater, sur la base de ce qui précède, que diverses études ont montré que les choix individuels et familiaux des couples sont largement influencés par les politiques sociales, notamment les mesures qui favorisent la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. Les politiques actives encouragent ainsi les couples à choisir des pratiques plutôt égalitaires, alors que les politiques peu interventionnistes tendent à inciter les couples à adopter un modèle de répartition genré traditionnel.

La Suisse se caractérise, à cet égard par une politique familiale plutôt modeste en comparaison internationale, tout particulièrement en ce qui concerne l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants.

Or, cette situation marque un contraste avec les objectifs consistant à favoriser la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et, à travers elle, l'égalité entre femmes et hommes, comme on le verra ci-après.

D. L'accueil extrafamilial et parascolaire comme mesure de politique sociale favorisant la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et l'adoption par les couples de pratiques égalitaires

17. **La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale comme instrument prioritaire de l'égalité entre femmes et hommes.** – Il est aujourd'hui assez largement admis, au plan international comme au plan national, que le renforcement de l'égalité entre femmes et hommes passe notamment par diverses mesures d'amélioration de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. Le souci de favoriser cette conciliation est donc devenu un objectif majeur des politiques en matière d'égalité des genres. Cela vaut notamment dans le cadre de l'Union européenne, mais aussi en Suisse.
18. **Les objectifs de l'Union européenne en matière de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale.** – Au niveau de l'Union européenne, divers objectifs ont ainsi été fixés afin de concilier vie familiale et vie professionnelle. La Recommandation 92/241/CEE²⁸ était l'une des premières recommandations en la matière ; elle avait pour objectif d'aboutir à l'égalité des chances des parents pour concilier vie privée et vie professionnelle. Elle visait notamment à la mise en place de services de garde pour enfants afin de permettre un meilleur partage des responsabilités entre les parents. Plus récemment, le Conseil de l'Union européenne a adopté le Pacte européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes couvrant la période 2011-2020²⁹. Dans ce pacte, le Conseil demande aux États membres d'améliorer entre autres l'offre de services d'accueil abordables et de qualité pour les enfants et de favoriser des formules souples de travail, ceci dans un but d'égalité entre femmes et hommes également³⁰. Ces instruments

l'enfant. Tableau de classement des services de garde et d'éducation des jeunes enfants dans les pays économiquement avancés (2008), UNICEF, Report Card 8, p. 14.

²⁷ Message du 29 juin 2016, précité (note 25), FF 2016 6179, qui cite les *Etudes économiques de l'OCDE: Suisse 2013*, p. 108.

²⁸ *Recommandation du Conseil 92/241/CEE du 31 mars 1992 concernant la garde des enfants.* Disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A31992H0241> (dernière consultation le 18 décembre 2020).

²⁹ Disponible sous : https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/lisa/119631.pdf (dernière consultation le 18 décembre 2020).

³⁰ Le Conseil demande également de prendre deux autres mesures complémentaires, soit des mesures visant à mettre un terme à la conception stéréotypée des rôles de l'homme et de la femme, à garantir l'égalité de rémunération pour un même travail et à encourager une participation égale des femmes au processus de prise de décision ainsi que des mesures visant à renforcer la prévention de la violence à l'égard des femmes et la protection des victimes, et à insister sur le rôle des hommes et des garçons pour éradiquer la violence à l'égard des femmes.

internationaux font clairement le lien entre la mise en place de structures d'accueil pour l'enfance et la petite enfance et les politiques permettant d'aboutir à une égalité de genre.

19. **Un objectif prioritaire en Suisse également.** – En Suisse également, bien que les structures d'accueil extrafamilial et parascolaire soient aujourd'hui essentiellement liées à la politique de protection de la famille, et fondées juridiquement sur l'art. 116 al. 1 de la Constitution, il est possible de constater que, de plus en plus fréquemment, le lien est établi avec la vie professionnelle, spécialement la vie professionnelle des femmes. C'est le cas notamment pour le Conseil fédéral, qui a relevé à plusieurs reprises lui aussi, ces dernières années, que les mesures d'accueil extrafamilial et parascolaire sont intrinsèquement liées à l'activité professionnelle des femmes.

Ainsi, par exemple, dans son message de 2016 concernant la dernière révision de la *loi fédérale* du 4 octobre 2002 sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants, le Conseil fédéral établit clairement le lien entre l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants et la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, qu'il exprime ainsi³¹ :

« La conciliation entre vie familiale et vie professionnelle ou formation représente aujourd'hui encore un défi de taille pour de nombreux parents. En comparaison internationale, l'accueil extra-familial des enfants coûte particulièrement cher en Suisse, en raison de la faible participation des pouvoirs publics aux frais de garde. Dans de nombreux cas, la charge pour les parents est telle qu'une double activité dans le couple n'est même pas avantageuse sur le plan financier, ou très peu. De plus, l'offre actuelle en matière d'accueil extra-familial, en particulier dans le domaine parascolaire, ne satisfait pas toujours les besoins des parents actifs professionnellement, ce qui rend encore plus difficile l'exercice d'une activité lucrative. Le projet vise à combattre ces incitations négatives grâce à deux nouvelles mesures favorisant la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle ou formation. Cela dit, le projet ne relève pas uniquement de la politique familiale, il s'inscrit aussi dans le cadre de l'initiative visant à combattre la pénurie de personnel qualifié : améliorer la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, notamment pour éliminer les incitations négatives à l'emploi, représente en effet une des principales mesures permettant d'exploiter le potentiel de main d'œuvre indigène ».

Du reste, depuis cette révision, une « meilleure conciliation entre vie familiale et vie professionnelle ou formation » est même devenu le but essentiel de cette loi et du programme de soutien qu'elle met en place³². La conciliation entre vie familiale et vie professionnelle représente aujourd'hui encore un défi de taille pour de nombreux parents. En comparaison internationale, l'accueil extra-familial des enfants coûte particulièrement cher en Suisse³³.

De même, dans son *Rapport sur les familles* de 2017, le Conseil fédéral constate que l'existence de solutions de garde d'enfants dépend de plusieurs facteurs, « condamnant souvent à une situation de non-choix ou de choix limité les parents avec enfants, et plus particulièrement les mères [...] ou les familles à bas revenu »³⁴. Ainsi, le Conseil fédéral semble concevoir les structures d'accueil comme des mesures impactant essentiellement la situation des mères.

Un constat similaire peut être fait à la lecture du *Message* du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), du 9 mai 2018³⁵. Ladite modification avait entre autres pour ambition de « lutter contre la pénurie de personnel qualifié

³¹ Voir le *Message concernant la modification de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants*, du 26 juin 2016, FF 2016 6161-6210, spéc. 6162.

³² Voir l'art. 1 al. 1 de la loi, tel que modifié par la révision en question, adoptée le 16 juin 2017 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2018 (« Par la présente loi, la Confédération entend favoriser une meilleure conciliation entre vie familiale et vie professionnelle ou formation » ; RO 2108 2247-2250). Sur cette révision, voir N 27 *infra*.

³³ Pour la comparaison, voir le *Message* de juin 2016 (cité note 31), FF 2016 6161-6210, spéc. 6169-6172.

³⁴ Conseil fédéral, *Rapport sur les familles 2017*, Berne, 2017, p. 23, avec référence à AEBERLI MARION, Accueil extrafamilial des enfants en Suisse : réflexions et perspectives, Newsletter Démos 2/2014, Office fédéral de la statistique, Neuchâtel, octobre 2014, p. 15.

³⁵ *Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (Déduction fiscale des frais de garde des enfants par des tiers)*, du 9 mai 2018, FF 2018 3145-3166.

indigène et d'améliorer la conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale »³⁶, en réévaluant le traitement fiscal des frais d'accueil extrafamilial des enfants, car celui-ci a des conséquences positives sur l'activité des parents, et plus particulièrement sur l'activité professionnelle des « mères qui ont de bonnes qualifications professionnelles »³⁷. Dans ce message, le Conseil fédéral commence par constater que la demande en matière d'accueil extrafamilial des enfants a augmenté notamment en raison de la « hausse du nombre de divorces et [...] (de) l'augmentation de la participation des femmes au marché de l'emploi »³⁸. L'idée de cette modification de la LIFD résulte de deux constats. Tout d'abord, le nombre de mères d'enfants en bas âge qui ont un taux d'activité nul ou faible est supérieur à la moyenne. Puis, le constat selon lequel les mères en question réagissent aux incitations fiscales à exercer une activité lucrative³⁹. Ainsi, la baisse des frais de garde, par un relèvement de la déduction fiscale, constitue une incitation à l'exercice d'une activité lucrative en particulier pour les mères. Le Conseil fédéral précise d'ailleurs que cette politique est une mesure positive en matière d'égalité entre femmes et hommes puisque « [c]ette évolution favorise l'indépendance financière mutuelle des parents, augmente l'égalité des chances sur le marché du travail pour les deux parents et diminue les répercussions négatives pour les assurances sociales, en particulier en cas de séparation ou de divorce ainsi que pendant la retraite »⁴⁰. Là encore, on le voit, le Conseil fédéral établit d'une part un lien de causalité entre l'accueil extrafamilial et l'activité professionnelle des mères, mais il affirme aussi, d'autre part, que le travail à temps partiel n'est pas un choix optimal pour les mères, à divers niveaux.

Comme nous l'avons vu, les femmes rencontrent des difficultés à concilier vie de famille et carrière professionnelle, de sorte que la plupart d'entre elles choisissent le travail à temps partiel, alors que le parcours professionnel des hommes n'est guère touché par la naissance des enfants⁴¹. Or même si en Suisse, la proportion de femmes qui travaillent est élevée en comparaison internationale, le nombre d'heures de travail effectuées reste très faible en raison du caractère très répandu du temps partiel, puisque la majorité des actifs occupés travaillant à temps partiel sont des femmes (75%)⁴². Or, selon une étude de l'OCDE, citée par le Message du Conseil fédéral, le « taux élevé de personnes qui travaillent à temps partiel s'explique notamment par le développement insuffisant et les coûts trop élevés du système d'accueil extrafamilial des enfants »⁴³.

Relevons encore que le recours aux solutions de garde et d'accueil extrafamilial⁴⁴ est plus fréquent lorsque la mère est professionnellement active, au moins à temps partiel, que lorsqu'elle ne travaille pas^{45,46}. La proportion d'enfants gardés en dehors de la famille avoisine

³⁶ Message du 9 mai 2018 (cité note précédente), FF 2018 3145, 3146. Cette volonté de modification résultait de l'initiative visant à combattre la pénurie de personnel qualifié lancée en 2011 par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), initiative qui avait gagné en importance à la suite de l'acceptation, le 9 février 2014, de l'initiative populaire contre l'immigration de masse ; l'idée était donc de mieux exploiter le potentiel de main-d'œuvre indigène qualifiée par des mesures touchant au marché du travail et à la formation, tout spécialement à la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle.

³⁷ Message du 9 mai 2018 (cité note 35), FF 2018 3145, 3147.

³⁸ *Ibid.*, FF 2018 3145, 3148.

³⁹ *Ibid.*, FF 2018 3145, 3162.

⁴⁰ *Ibid.*, FF 2018 3145, 3164.

⁴¹ Cf. N 10 à 12 *supra*.

⁴² Office fédéral de la statistique, *Vie active et rémunération du travail, Panorama*, Neuchâtel 2020, p. 2.

⁴³ Message du 9 mai 2018 (cité note 35), FF 2018 3145, 3153, qui se réfère à OCDE, *Étude économique de la Suisse 2013*, Paris, éditions de l'OCDE, novembre 2013.

⁴⁴ Tant institutionnelles que non institutionnelles.

⁴⁵ En effet, la proportion d'enfants gardés hors de la famille est sensiblement plus basse lorsque la mère n'exerce pas d'activité professionnelle, bien qu'un tiers des enfants de ces femmes soient confiés à l'extérieur.

⁴⁶ Office fédéral de la statistique, *Accueil extrafamilial et parascolaire des enfants en 2018* (cité note 2), p. 4.

les trois quarts dans ces familles⁴⁷. Selon le rapport de l'OFS sur l'accueil extrafamilial et parascolaire, « [l]es parents qui travaillent tous deux à plein temps ou tous deux à temps partiel recourent un peu plus souvent aux services d'une crèche ou d'une structure parascolaire que les couples dans lesquels le père travaille à plein temps et la mère à temps partiel ou pas du tout. Les proportions d'enfants confiés à ce type de structures sont respectivement de 41% et 40% lorsque les deux parents travaillent à temps plein ou partiel, et de 33% quand la mère travaille à temps partiel et le père à temps plein. Quand le père travaille à temps plein et la mère n'a pas d'activité professionnelle, la proportion est de 15% »⁴⁸.

20. **Résumé et conclusions intermédiaires.** – L'amélioration de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale est devenue aujourd'hui un objectif majeur des politiques sociales en matière d'égalité en vue d'aboutir à une égalité des genres. Cet objectif est souvent justifié aussi par des considérations de politique économique, notamment le souci d'exploiter au mieux le personnel indigène qualifié, notamment l'activité professionnelle et l'emploi des mères de famille à forte qualification professionnelle.

Il est assez généralement admis que la politique et les mesures d'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants jouent à cet égard un rôle primordial, dans la mesure où elles sont intrinsèquement liées à l'activité professionnelle des femmes.

E. Enseignements et conclusions intermédiaires

21. **Une question de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et d'égalité entre femmes et hommes, en particulier en matière d'accès à la vie professionnelle.** – Au terme de cette première partie, dédiée à la présentation, certes sommaire, du contexte politique, socio-économique et statistique de la problématique, il est possible de dresser les constats et enseignements suivants, qui pourront être utiles à l'analyse juridique.

Tout d'abord, il apparaît que la parentalité – c'est-à-dire l'arrivée d'enfant(s) – accroît les inégalités entre les femmes et les hommes. Les résultats statistiques démontrent que la problématique de l'articulation entre la vie professionnelle et la vie familiale est principalement, sinon essentiellement, une problématique féminine puisqu'elle n'impacte que très marginalement les pères.

D'autre part, les choix individuels et familiaux des couples – et des femmes – en termes d'activité professionnelle sont largement influencés par les politiques sociales, notamment les mesures qui favorisent la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. Les politiques actives encouragent ainsi les couples à choisir des pratiques plutôt égalitaires, alors que les politiques peu interventionnistes tendent à inciter les couples à adopter un modèle de répartition genré traditionnel. La Suisse se caractérise, à cet égard, par une politique familiale plutôt modeste en comparaison internationale, tout particulièrement en ce qui concerne l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants. Le système libéral et relativement peu interventionniste dans lequel évoluent les couples suisses les conduit à privilégier un modèle traditionnel dans lequel les pères investissent la sphère professionnelle et les mères celles des soins aux enfants. L'insuffisance des mesures de garde et d'accueil extrafamilial semble même être une des causes à la persistance de ce modèle plutôt traditionnel.

⁴⁷ *Ibidem*. L'Office relève toutefois que les différences observées en fonction du modèle d'activité professionnelle sont modestes : les enfants dont les deux parents travaillent à temps partiel ont tendance à être plus fréquemment confiés à une garde extrafamiliale (77%) que les enfants dont le père travaille à plein temps et la mère à temps partiel (72%) ou ceux dont les deux parents travaillent à plein temps (74%).

⁴⁸ Office fédéral de la statistique, *Accueil extrafamilial et parascolaire des enfants en 2018* (cité note 2), p. 5.

Or ces mesures sont une composante essentielle de l'insertion et de la réinsertion des mères au travail et l'amélioration de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale est devenue aujourd'hui un objectif majeur des politiques sociales en matière d'égalité des genres. Cet objectif est souvent justifié aussi par des considérations de politique économique, notamment le souci d'exploiter au mieux le personnel indigène qualifié, notamment l'activité professionnelle et l'emploi des mères de famille à forte qualification professionnelle. Le Conseil fédéral considère ainsi ces mesures comme un moyen incitant les mères à travailler davantage et donc à renoncer au temps partiel en faveur du temps plein, ce qui a des répercussions bénéfiques en matière d'égalité des genres au sein du couple.

Dans la mesure où 80% des mères travaillent, ces structures d'accueil extrafamilial et parascolaire peuvent donc être vues aussi comme relevant – en plus et/ou à côté de la politique familiale traditionnelle – de mesures qui visent à garantir l'égalité entre femmes et hommes en général, mais aussi, en particulier dans l'accès à la vie professionnelle. D'où l'idée de les concevoir comme des mesures visant à protéger les travailleurs et, surtout, les travailleuses, et de rechercher leur fondement (constitutionnel) à l'art. 110 (protection des travailleurs), en lien avec l'art. 8 al. 3 (égalité entre les genres) de la Constitution fédérale.

Reste à déterminer si cela est juridiquement envisageable et admissible. Tel sera l'objet de la suite du présent avis. Avant l'analyse juridique proprement dite (partie IV), on rappellera encore brièvement ci-après (III) l'évolution de la réglementation de la matière dans notre pays.

III. Brève présentation de la réglementation fédérale et de son évolution en d'accueil extrafamilial et parascolaire

A. Les premières réglementations fédérales et leur fondement constitutionnel

22. **Un éveil tardif et des débuts balbutiants.** – L'accueil extrafamilial et parascolaire n'a connu ses premiers développements que tardivement en Suisse, où il s'est développé essentiellement dans les zones urbaines à partir des années 1990. Auparavant, la prévalence du modèle « traditionnel », dans lequel le père exerce une activité professionnelle et subvient aux besoins de la famille pendant que la mère s'occupe du ménage et des enfants, avait pour conséquence que l'accueil des enfants en dehors du foyer familial n'était pas très fréquent, au point qu'il a pendant longtemps été plutôt mal vu dans notre société⁴⁹.

De plus, l'essor économique qu'a connu la Suisse à la fin de la Deuxième Guerre mondiale a renforcé ce confinement de la mère au foyer puisque les familles pouvaient se permettre de n'avoir qu'un des parents au travail. Partant, la question de la garde extrafamiliale des enfants n'a pendant longtemps pas été considérée comme un sujet de politique sociale⁵⁰.

23. **L'initiative parlementaire Jacqueline Fehr.** – C'est dans ce contexte que la Conseillère nationale Jacqueline Fehr a déposé, le 22 mars 2000, une initiative parlementaire demandant que soient élaborées les bases légales nécessaires pour que la Confédération puisse apporter un soutien financier aux communes qui créent des places d'accueil pour les enfants⁵¹. Le Conseil national a

⁴⁹ Conseil fédéral, *Rapport sur les familles 2017* (cité note 34), p. 23.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 23.

⁵¹ Initiative parlementaire *Incitation financière pour la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial* (initiative Fehr Jacqueline), Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 22 février 2002, FF 2002 3925-3965 (3966-3968, pour le projet de loi, 3969, pour le projet d'arrêté fédéral réglant le financement) ; FF 2002 3970-3974, pour l'Avis du Conseil fédéral, du 27 mars 2002.

donné suite à cette initiative le 21 mars 2001, à une nette majorité, et confié à sa Commission de la sécurité sociale et de la santé publique (CSSS) le soin d'élaborer un projet de loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants. La Commission a approuvé le projet de loi préparé par sa sous-commission « Politique familiale » le 22 février 2002, par 14 voix contre 3 et 2 abstentions. Elle a également adopté le projet d'arrêté réglant le financement.

Aux termes de ce projet de loi, des aides financières seraient accordées par la Confédération, pendant dix ans, aux institutions offrant un accueil collectif de jour (crèches essentiellement) ainsi qu'aux structures d'accueil parascolaire (garderies, écoles à horaire continu, places d'accueil pour le repas de midi). Les aides financières seraient allouées à ces institutions pendant trois ans au plus et couvriraient au maximum un tiers des frais d'investissement et d'exploitation. La loi serait mise en œuvre par l'Office fédéral des assurances sociales, qui statuerait après avoir consulté l'autorité compétente du canton où se trouve l'institution qui a présenté la demande. Pourraient également faire l'objet d'une aide financière les projets visant à améliorer l'accueil dans des familles de jour (pour la professionnalisation des structures, pour la formation de parents de jour, etc.).

24. **Loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants du 4 octobre 2002.** – C'est sur cette base qu'a été adoptée le 4 octobre 2002, sans trop d'opposition⁵², la (première) loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants⁵³. Celle-ci se fondait, ainsi qu'on l'a déjà relevé, sur l'art. 116 de la Constitution, qui donne à la Confédération la compétence de « soutenir les mesures destinées à protéger la famille » (cf. N 8 *supra*). La loi est entrée en vigueur le 1^{er} février 2003, pour une durée de validité initiale de huit ans⁵⁴.

B. L'évolution ultérieure et les diverses prolongations de la loi

25. **Les deux premières prolongations de la durée de validité de la loi, en 2010 et en 2015.** – La durée de validité de la loi fédérale ainsi adoptée en 2002 a été prolongée une première fois, le 1^{er} octobre 2010, pour une période de cinq ans, allant du 1^{er} février 2011 au 31 janvier 2015. Cette prolongation allait de pair avec un certain nombre de modifications ayant essentiellement trait aux conditions d'octroi, au calcul et à la durée des aides financières, ainsi qu'à la procédure de demande⁵⁵.

Une deuxième prolongation de la durée de validité de la loi a été décidée, par révision du 26 septembre 2014, pour quatre ans, du 1^{er} février 2015 au 31 janvier 2019⁵⁶.

Il faut noter que le Conseil fédéral approuvait cette deuxième prolongation, alors qu'il avait au contraire exprimé un avis négatif à l'égard de la première prolongation, en 2010⁵⁷.

⁵² La loi a été acceptée par 119 voix contre 56 au Conseil national et 31 voix contre 4 au Conseil des États au vote d'ensemble (puis 120 contre 58 et 24 contre 9 au vote final) ; cf. BO CN 2001 319-323, BO CN 2002 592-605, BO CE 2002 459-474, BO CN 2002 1491-1494 (divergences) et BO CE 2002 938 (vote final) et BO CN 2002 1705 (vote final). Les oppositions portaient principalement sur des préoccupations liées au fédéralisme – à la répartition des tâches et des charges – ainsi qu'à un possible endettement de la Confédération.

⁵³ RS 861.

⁵⁴ Voir RO 2003 229-231, spéc. art. 10.

⁵⁵ RO 2011 307-310 ; FF 2010 1483-1520, pour le message du Conseil fédéral, du 17 février 2010 (avec projet de loi et d'arrêté fédéral).

⁵⁶ RO 2015 513-514 ; FF 2014 6369-6388, pour le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 12 août 2014 (6389-6390, pour le projet de loi, et 6391, pour le projet d'arrêté fédéral), et FF 2014, 6393-6398, pour l'Avis du Conseil fédéral, du 3 septembre 2014. Sur cette double prolongation, cf. BIAGGINI GIOVANNI, *BV Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2017, ad art. 116, N 1a, pp. 940-941.

⁵⁷ Le Conseil fédéral explique cette volte-face lui-même ainsi : « Le Conseil fédéral approuve la proposition de la commission de prolonger le programme de la Confédération pour une durée limitée. Le Conseil fédéral est conscient d'avoir défendu l'avis contraire dans le message du 17 février 2010 relatif à la modification de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants [réf. à FF 2010 1484 et 1494], dans lequel il avait affirmé exclure toute autre prolongation. Cependant, les

26. **L’initiative parlementaire Norbert Hochreutener et la modification avortée de l’art. 116 de la Constitution.** – On signalera encore que, dans l’intervalle, à la suite d’une initiative parlementaire Norbert Hochreutener déposée en 2007⁵⁸, le peuple et les cantons ont été amenés à se prononcer en 2013 sur une proposition de nouvel article constitutionnel, un art. 115a, intitulé « Politique de la famille ». Cet article aurait repris l’actuel art. 116 al. 1, en y ajoutant deux autres alinéas, nouveaux. Le deuxième alinéa proposé avait la teneur suivante : « La Confédération et les cantons encouragent les mesures permettant de concilier la vie de famille et l’exercice d’une activité lucrative ou une formation. Les cantons pourvoient en particulier à une offre appropriée de structures de jour extrafamiliales et parascolaires ». Le troisième alinéa était quant à lui formulé ainsi : « Si les efforts des cantons ou de tiers ne suffisent pas, la Confédération fixe les principes applicables à la promotion des mesures permettant de concilier la vie de famille et l’exercice d’une activité lucrative ou une formation »⁵⁹. Cette modification constitutionnelle toutefois a échoué, en votation populaire, le 3 mars 2013, en raison de l’opposition de la majorité des cantons⁶⁰.
27. **La dernière modification de la loi fédérale sur les aides financières à l’accueil extra-familial.** – À la suite de ce rejet, le Conseil fédéral a proposé, en 2016⁶¹, une nouvelle révision de la *loi fédérale sur les aides financières à l’accueil extra-familial pour enfants*, qui a été adoptée par les Chambres le 16 juin 2017 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2018⁶².

Contrairement aux précédentes, qui avaient essentiellement pour objet de prolonger la durée de validité du programme de soutien de la Confédération, cette troisième révision entend toutefois apporter des modifications importantes de fond au système mis en place. Le Conseil fédéral veut par ce projet « inciter les cantons et les communes à investir davantage dans l’accueil extra-familial des enfants, afin d’améliorer la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle » et « aussi soutenir des projets qui visent à adapter l’offre d’accueil aux besoins des parents qui exercent une activité lucrative »⁶³. A cet effet, le projet prévoit deux nouveaux types de mesures, à savoir l’octroi d’« aides financières » à l’augmentation des subventions cantonales et communales à l’accueil extra-familial pour enfants » et « aux projets visant une meilleure adéquation de l’offre d’accueil extrafamilial aux besoins des parents »⁶⁴, nouvelles aides dont la durée de validité devait être – et est – de cinq ans⁶⁵, soit jusqu’en juin 2023.

développements politiques récents [note des auteurs : à savoir, essentiellement, la lutte contre la pénurie de personnel qualifié, surtout des suites de l’acceptation de l’initiative contre l’immigration de masse] justifient à son sens que l’on revienne sur cette décision et que l’on approuve une nouvelle prolongation. Il faut toutefois clairement souligner que la création d’une offre appropriée de structures de jour extrafamiliales demeure au premier chef du ressort des cantons et des communes. Le rôle de la Confédération est subsidiaire et doit le rester. C’est pourquoi le Conseil fédéral invite les cantons et les communes à exploiter leur marge de manœuvre de manière à ce que, d’ici quatre ans, le but du programme de proposer dans toute la Suisse une offre en fonction des besoins, soit enfin réalisé » ; FF 2014 6397.

⁵⁸ Initiative parlementaire Hochreutener, 07.419, du 23 mars 2007. Voir Initiative parlementaire *Politique en faveur de la famille. Article constitutionnel*, Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 10 novembre 2011, FF 2012 541-566 (567-568, pour le projet d’art. 115a, abrogeant l’al. 1 de l’art. 116) ; FF 2012 1627-1634, pour l’Avis du Conseil fédéral, du 15 février 2012.

⁵⁹ Voir l’*Arrêté fédéral sur la politique familiale*, du 15 juin 2012, FF 2012 5465-5466.

⁶⁰ Alors que le peuple acceptait la révision avec une majorité favorable de 54,3% (1 283 951 oui contre 1 078 531), le projet d’article constitutionnel était refusé par 11 cantons et 4 demi-cantons contre 9 cantons et 2 demi-cantons qui y étaient favorables (pour les résultats, cf. FF 2013 2759, 2763). Sur ce que cette nouvelle disposition aurait signifié, en termes constitutionnels, cf. BIAGGINI (cité note 56), ad art. 116, N 2a, pp. 941-942.

⁶¹ Voir le *Message concernant la modification de la loi fédérale sur les aides financières à l’accueil extra-familial pour enfants*, du 26 juin 2016, FF 2016 6161-6210 (et 6211-6214, pour le projet de loi).

⁶² RO 2018 2247-2250.

⁶³ *Message* du 26 juin 2016 (cité note 61), FF 2016 6161, 6162.

⁶⁴ *Message* du 26 juin 2016 (cité note 61), FF 2016 6161, 6162 ; voir la nouvelle section 2a de la loi, art. 3a et 3b.

⁶⁵ *Message* du 26 juin 2016 (cité note 61), FF 2016 6161, 6162, et art. 10 al. 6 de la loi.

En revanche, en compensation en quelque sorte, la loi proposée par le Conseil fédéral et adoptée par les Chambres, du moins dans sa première version⁶⁶, ne prévoyait pas de prolonger au-delà du 31 janvier 2019 les aides directes aux institutions et structures d'accueil, destinées à la création de places d'accueil, telles que prévues jusque-là par l'ancienne loi, la loi de 2002, dont la durée de validité avait été prolongée en 2010 et 2014⁶⁷.

Afin de corriger le tir, la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national a déposé en 2017 une initiative parlementaire⁶⁸ demandant que la durée de validité soit prolongée de quatre années supplémentaires pour ces aides existantes aussi, au-delà du terme prévu à fin janvier 2019. Dans son avis publié en mai 2018⁶⁹, le Conseil fédéral s'est exprimé contre cette prolongation. Il estimait que les cantons et les communes n'ont pas fait tout ce qu'ils pouvaient pour instaurer une offre adéquate en matière de structures d'accueil extrascolaire et qu'ils doivent désormais assumer cette tâche de manière autonome.

Malgré cette opposition, les deux Chambres ont adopté la modification de la loi en date du 28 septembre 2018, prolongeant ainsi les aides financières fédérales jusqu'au 31 janvier 2023⁷⁰.

28. **La modification avortée de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct concernant la déduction fiscale des frais de garde des enfants par des tiers.** – On mentionnera encore que, sur la base du message déjà évoqué du Conseil fédéral de mai 2018⁷¹, le Parlement fédéral avait modifié, en date du 27 septembre 2019, la *loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD)*, afin de relever le plafond du montant déductible pour les frais de garde des enfants par des tiers, ce plafond devant passer de 10'000 à 25'000 francs⁷². Toutefois, cette modification a fait l'objet d'une demande de référendum et a été refusée en votation populaire, le 27 septembre 2020, à une majorité rejetante de 63,2%⁷³.
29. **La nouvelle loi sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches, du 19 décembre 2019.** – Il faut enfin signaler aussi, très brièvement, que le Parlement a adopté tout récemment, le 19 décembre 2019, une nouvelle *loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre vie professionnelle et prise en charge de proches*⁷⁴, qui entrera prochainement en vigueur. Même si elle ne touche pas directement le présent avis, cette nouvelle loi, qui ne fait que modifier plusieurs lois existantes (une « *Mantelgesetz* »), mérite néanmoins une brève mention ici. D'une part, elle souligne l'importance de l'objectif de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, quand bien même il s'agit en l'occurrence d'un aspect particulier de la vie familiale. D'autre part, et surtout, cette loi prévoit diverses mesures, tant dans le domaine du droit du travail (introduction d'un congé spécifique de prise en charge de proches avec renforcement de la protection contre le licenciement) que dans celui des assurances sociales. Or, cette loi se fonde, pour ce qui est de son volet droit du travail, sur

⁶⁶ Voir RO 2018 2247, spéc. 2250 (art. 9a).

⁶⁷ *Message* du 26 juin 2016 (cité note 61), FF 2016 6161, 6194-6195 ; voir l'art. 10 al. 5 de la loi, ainsi que l'art. 9a, disposition transitoire de la révision de la modification du 16 juin 2017, qui prévoyait cette limite au 31 janvier 2019, pour ce type d'aides (les aides existantes jusque-là) seulement.

⁶⁸ Initiative parlementaire *Aides financières à l'accueil extrafamilial pour enfants. Prolonger le programme d'impulsion*, Rapport de la commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national, du 12 avril 2018, FF 2018 3453-3474 (3475-3476, pour le projet de loi, 3477-3478, pour le projet d'arrêté fédéral réglant le financement) ; FF 2018 3479-3484, pour l'Avis du Conseil fédéral, du 16 mai 2018.

⁶⁹ Avis du Conseil fédéral du 16 mai 2018 (cité note 68), FF 2018 3479, 3484.

⁷⁰ RO 2019 349-350 (art. 9b nouveau).

⁷¹ *Message* du 9 mai 2018 (cité note 35), FF 2018 3145.

⁷² Pour le texte de la loi adopté par les Chambres, FF 2019 6257.

⁷³ Par 2 003 235 non contre 1 666 844 oui. Pour les résultats, cf. FF 2020 8849, 8845.

⁷⁴ FF 2019 8195-8212, pour le texte de la loi adoptée. Voir aussi le *Message concernant l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches*, du 22 mai 2019, FF 2019 3941-4004.

l'art. 122 de la Constitution – et exclusivement sur celui-ci⁷⁵ –, à savoir sur la compétence de légiférer en matière de droit civil⁷⁶.

IV. L'analyse juridique des questions posées : les compétences de la Confédération

A. L'avis de droit de l'Office fédéral de la justice de 2001

30. **Le contexte de l'avis de droit.** – Dans un avis de droit du 25 octobre 2001, l'Office fédéral de la justice (ci-après : OFJ) s'était déjà penché sur la question des fondements constitutionnels permettant à la Confédération de soutenir la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial⁷⁷. L'OFJ avait été saisi à la suite de l'initiative parlementaire Jacqueline Fehr, déjà évoquée⁷⁸, qui au vu du manque de possibilités d'accueil extra-familial et parascolaire, demandait que la Confédération mette en place un programme d'impulsion à la création de places d'accueil. En substance, l'initiative demandait l'institution des bases légales nécessaires pour permettre à la Confédération d'apporter un soutien financier à la création de telles places afin de seconder les familles.

L'OFJ avait été mandaté par la sous-commission de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national afin d'examiner les fondements constitutionnels d'un projet élaboré par la Commission et qui visait à mettre en œuvre l'initiative Fehr.

31. **L'analyse des articles 41 al. 1 let. c et 116 al. 1 de la Constitution.** – Comme ledit projet mentionnait les articles 41 al. 1 let. c et 116 al. 1 de la Constitution comme fondements constitutionnels, c'est à ces deux dispositions que l'OFJ s'est intéressé dans un premier temps⁷⁹.

Afin de déterminer si l'art. 41 al. 1 let. c est de nature à fonder une compétence de la Confédération, l'OFJ procède à une analyse littérale, systématique et historique de la disposition et arrive à la conclusion que cette disposition ne permet pas de fonder une compétence de la Confédération. S'agissant de l'analyse littérale, l'Office souligne que l'al. 3 de l'art. 41 prévoit que la Confédération et les cantons s'engagent en faveur des buts sociaux prévus à l'alinéa premier dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles. Puis il met l'art. 41 al. 3 en lien avec l'art. 41 al. 1 let. c, pour conclure que cette disposition ne fonde pas à elle seule de compétence fédérale permettant d'encourager la création de places d'accueil pour enfants en dehors du cadre familial. Concernant l'analyse systématique, l'OFJ constate que les dispositions traitant des compétences de la Confédération relèvent du titre 3 de la Constitution (art. 54 et ss), alors que l'art. 41 al. 1 let. c fait partie du troisième chapitre (« Buts sociaux ») du titre 2 de la Constitution (« Droits fondamentaux, citoyenneté et buts sociaux »), de sorte que, là encore, cette analyse systématique ne permet pas de justifier une compétence de la Confédération au chef de l'art. 41. L'analyse du message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale relève également que l'art. 41 définit les buts sociaux de l'État mais ne crée pas de nouvelles compétences fédérales : le message précise en effet explicitement

⁷⁵ Même si elle introduit aussi une – certes petite – modification de la loi fédérale sur le travail (qui se fonde, elle, sur l'art. 110).

⁷⁶ La loi n'a pas de préambule, mais le *Message* du 22 mai 2019 (cité note⁷⁴) évoque uniquement l'art. 122, en plus des bases constitutionnelles relatives aux assurances sociales ; cf. FF 2019 3941, 3997.

⁷⁷ *Avis de droit de l'Office fédéral de la justice*, du 25 octobre 2001, JAAC 66.1.

⁷⁸ Cf. N 23 *supra*.

⁷⁹ Non sans avoir, au préalable, procédé à un rappel général des bases constitutionnelles régissant la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en général. L'Office mentionne ainsi les articles 3 et 42 al. 1 Cst. qui permettent à la Confédération d'accomplir les tâches que lui attribue la Constitution ainsi que l'article 42 al. 2 Cst., qui consacre le principe de subsidiarité, la Confédération n'assumant que les tâches qui doivent être réglées de manière uniforme.

que l'art. 41 « s'adresse aussi bien aux cantons qu'à la Confédération en leur conférant un mandat d'agir qu'ils doivent réaliser dans le cadre des compétences respectives qui leur sont attribuées par les autres dispositions constitutionnelles »⁸⁰.

Pour ce qui est de l'art. 116 al. 1, l'Office met en parallèle cette disposition avec l'art. 34quinquies al. 1 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874 (aCst.). Il constate que l'art. 116 al. 1, 1^{ère} phrase, tout comme le faisait déjà l'art. 34quinquies, charge la Confédération, lorsqu'elle accomplit ses tâches, de prendre en considération les besoins de la famille. Lors de la réforme de la Constitution fédérale, cette disposition a été complétée par une seconde phrase aux termes de laquelle la Confédération peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille. L'article ainsi complété tenait compte de la pratique antérieure des autorités fédérales en la matière. En effet, l'art. 34quinquies avait déjà été considéré, sous l'empire de l'ancienne Constitution, comme une base constitutionnelle suffisante justifiant l'intervention de la Confédération dans le domaine de la protection familiale⁸¹, alors que le texte même de la disposition n'en faisait qu'une norme « impliquant un mandat sans attribution d'une quelconque compétence »⁸². Partant, l'art. 116 al. 1, 2^{ème} phrase, confère désormais expressément une compétence d'encouragement à la Confédération. Cette compétence d'encouragement ou de soutien suppose d'une part que la Confédération édicte les bases légales nécessaires à la prise de mesures de soutien et, d'autre part, que les mesures seront prises par des tiers.

L'OFJ conclut donc que l'art. 116 al. 1 de la Constitution confère bien à la Confédération la compétence de soutenir les mesures destinées à protéger la famille, en l'occurrence le programme d'impulsion financière prévu par la mise en œuvre de l'initiative parlementaire.

32. **L'analyse des articles 8 al. 3 et 110 al. 1 let. a de la Constitution.** – L'OFJ s'intéresse ensuite à l'art. 14 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité (LEg)⁸³. Bien que son but à proprement parler ne relève pas de la protection de la famille, mais de la promotion de l'égalité entre femmes et hommes et bien que son champ d'application soit limité à la vie professionnelle, l'OFJ se demande si le fondement constitutionnel de l'art. 14 al. 2 let. c LEg pourrait aussi valoir comme fondement, en sus de l'art. 116 de la Constitution, pour mettre en œuvre l'objet de l'initiative.

L'Office constate à cet égard que la loi sur l'égalité se fonde sur l'art. 4 al. 2, l'art. 34ter al. 1 let. a, l'art. 64 et l'art. 85 ch. 3 de l'ancienne Constitution. Pour les programmes d'encouragement visés à l'art. 14 LEg, ce sont avant tout l'art. 4 al. 2 et l'art. 34ter al. 1 let. a qui sont déterminants. A ces dispositions correspondent aujourd'hui les articles 8 al. 3, relatif à l'égalité entre femmes et hommes, et 110 al. 1 let. a, relatif à la protection des travailleurs et des travailleuses⁸⁴.

⁸⁰ *Avis de droit OFJ* (cité note 77), p. 6.

⁸¹ A ce titre, la loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse ou le soutien à l'association Pro Familia tiraient leur fondement de l'article 34quinquies aCst.

⁸² *Avis de droit OFJ* (cité note 77), p. 7, qui cite MAHON PASCAL, in : AUBERT J.-F./EICHENBERGER K./MÜLLER J.P./RHINOW R. A./SCHINDLER D. (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, ad art. 34quinquies, N 31.

⁸³ L'art. 14 al. 1 LEg permet à la Confédération d'« allouer des aides financières à des organisations publiques ou privées qui mettent sur pied des programmes visant à favoriser la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans la vie professionnelle. Elle peut elle-même mettre sur pied de tels programmes ». L'art. 14 al. 2, let. c, LEg prévoit pour sa part l'encouragement de programmes qui portent sur des mesures permettant de mieux concilier les activités professionnelles et les obligations familiales.

⁸⁴ Dispositions dont la teneur est la suivante : art. 8 al. 3 : « L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale » ; art. 110 al. 1 let. a : « La Confédération peut légiférer : a. sur la protection des travailleurs ».

Selon l'OFJ, l'art. 8 al. 3, 2^{ème} phrase, contient un mandat clairement défini à l'adresse du législateur – aussi bien cantonal que fédéral – et ne fonde pas à lui seul de nouvelle compétence en faveur de la Confédération.

Quant à l'art. 110 al. 1 let. a, l'OFJ constate que les versions allemandes et italiennes sont plus inclusives puisqu'elles se réfèrent, expressément, aussi bien aux travailleuses qu'aux travailleurs⁸⁵. Du reste, cette disposition reprend tel quel le contenu de l'art. 34ter al. 1 let. a de l'ancienne Constitution⁸⁶, article qui accordait une compétence générale en faveur de la Confédération en matière de protection des travailleuses et des travailleurs, indépendamment de l'activité qu'elles ou ils exercent. L'Office cite à cet égard le professeur Gabriel Aubert, pour qui une telle compétence couvre tous les domaines⁸⁷.

33. **Les conclusions de l'Office fédéral de la justice.** – L'OFJ conclut de son analyse que dans la mesure où l'art. 34ter al. 1 let. a de la Constitution de 1874 a pu servir de fondement constitutionnel à la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, l'art. 110 al. 1 let. a de la nouvelle Constitution pourrait, lui aussi, être considéré comme un fondement constitutionnel suffisant pour prendre des mesures allant dans le sens de l'initiative parlementaire Fehr, pour autant qu'il s'agisse de mesures qui concernent la situation des travailleuses et des travailleurs dans la vie professionnelle⁸⁸.

Ainsi, l'OFJ conclut dans son avis que la Constitution fédérale attribue, en son art. 116 al. 1, une compétence d'encouragement en faveur de la Confédération qui habilite cette dernière à agir dans le sens de l'initiative parlementaire Fehr. En outre, il serait également envisageable de recourir à l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution en tant que norme attributive de compétence.

B. L'évolution des conceptions, notamment en doctrine et dans la pratique, depuis 2001

1. Remarques liminaires : les différentes dispositions pertinentes

34. **Une analyse de la doctrine et de la pratique postérieures à l'avis de l'Office de la justice....** – Il s'agira principalement, dans les paragraphes qui suivent d'examiner si et dans quelle mesure les conceptions ont évolué, ou même changé, depuis l'avis de droit de l'Office fédéral de la justice de 2001, et cela en particulier dans la doctrine, mais aussi dans la pratique des autorités fédérales.

On analysera donc ci-après les diverses dispositions constitutionnelles envisageables – et envisagées dans l'avis de l'Office de la justice – comme fondement(s) de la compétence de la Confédération en matière de réglementation de l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, afin de déterminer la signification qui leur est donnée aujourd'hui dans la conception dominante, en doctrine et dans la pratique des autorités. On prendra à cet égard ces dispositions dans le même ordre que celui de leur analyse dans l'avis de l'Office de la justice.

⁸⁵ Alors que la version française ne mentionne que les « travailleurs ».

⁸⁶ Dont la teneur était la suivante : « La Confédération a le droit de légiférer : a. Sur la protection des employés ou ouvriers ».

⁸⁷ *Avis de droit OFJ* (cité note 77), p. 7, qui ajoute : « Es gibt keinen Bereich, der von dieser Kompetenz nicht erfasst würde », et cite AUBERT GABRIEL, in : AUBERT J.-F./EICHENBERGER K./MÜLLER J.P./RHINOW R. A./SCHINDLER D. (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, ad art. 34ter al. 1 let. a à c, N 13.

⁸⁸ *Avis de droit OFJ* (cité note 77), p. 7 : « wäre der Schutzbereich von Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV darum nach Ansicht des BJ auch ausreichend, um für Massnahmen im Sinne der Parlamentarischen Initiative Fehr als kompetenzbegründende Norm herangezogen zu werden, soweit es sich um Massnahmen handelt, welche die Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Erwerbsleben betreffen ».

35. ... **complétée par un bref examen du droit international éventuellement pertinent.** – On complètera surtout cette analyse des dispositions constitutionnelles topiques par un bref examen des dispositions pertinentes du droit international qui lie la Suisse, dans la mesure où ces dispositions, sans fournir en elles-mêmes des bases de compétence en faveur de la Confédération⁸⁹, peuvent néanmoins servir d'aide – ou de « guidelines » – à l'interprétation des dispositions constitutionnelles ou des dispositions du droit interne, lequel est du reste censé concrétiser et mettre en œuvre les obligations découlant de ce droit international.

2. L'art. 116 al. 1 de la Constitution

36. **La teneur et l'objet de la disposition.** – Comme on l'a vu déjà, l'art. 116 al. 1 de la Constitution fédérale, qui sert aujourd'hui de base à la législation fédérale sur l'accueil extrafamilial et parascolaire, a la teneur suivante : « Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les besoins de la famille. Elle peut soutenir les mesures destinées à protéger la famille ».

Cette disposition reprend, dans sa première phrase, ainsi qu'on l'a vu aussi, l'ancien art. 34quinquies al. 1 de la Constitution de 1874, qui lui aussi chargeait la Confédération de prendre en considération les besoins de la famille dans l'accomplissement de ses tâches (N 8 et 31).

37. **L'attribution de compétence à la Confédération : une compétence d'encouragement et de soutien.** – Il est généralement admis, en doctrine comme dans la pratique des autorités, que la première phrase de l'art. 116 al. 1 de la Constitution n'est pas une norme d'attribution de compétence en faveur de la Confédération. La disposition a un caractère programmatique puisqu'elle impose à la Confédération et à tous ses organes de prendre en considération les besoins de la famille dans l'accomplissement de toutes leurs tâches⁹⁰. L'art. 116 al. 1, 1^{ère} phrase, place donc les besoins de la famille au rang des préoccupations dont le gouvernement fédéral – comme les autres autorités de la Confédération – doit tenir compte dans tous ses domaines de compétence⁹¹.

La deuxième phrase de l'art. 116 al. 1 attribue, elle, expressément, une compétence de soutien à la Confédération. Nous l'avons vu⁹², cette seconde phrase a été ajoutée lors de la révision totale afin de tenir compte de la pratique antérieure des autorités fédérales en la matière, la Confédération ayant déjà pris certaines mesures de soutien pour protéger la famille sur la base de l'ancien art. 34quinquies. Ainsi, du point de vue du partage des compétences, l'art. 116 al. 1, 2^{ème} phrase, n'accorde à la Confédération qu'une compétence de soutien et, à ce titre,

⁸⁹ On rappellera à ce propos que, du moins selon la conception dominante, si la Confédération est habilitée à conclure des traités internationaux même dans les domaines qui, du point de vue interne, ne relèvent pas de sa compétence législative, l'existence d'un traité ne donne en revanche pas à la Confédération la compétence – à l'interne – de le mettre en œuvre ; en d'autres termes, s'agissant de la mise en œuvre des traités internationaux, le système du partage interne des compétences retrouve pleinement application : il appartient en principe aux cantons et à eux seuls de mettre en œuvre les traités internationaux dans leur domaine (interne) de compétence (la Confédération n'étant habilitée à intervenir qu'à titre de mesure de substitution dans l'hypothèse où un canton devait faillir dans la mise en œuvre au point d'engager la responsabilité internationale de la Confédération). Pour cette conception, cf. parmi beaucoup d'autres, BIAGGINI (cité note 56), ad art. 54, N 5, 15 et 16, pp. 583 et 590 ; MAHON PASCAL, in : AUBERT J.-F./MAHON P., *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Bâle/Genève 2003, ad art. 54, N 6 et 7, pp. 461-462. Pour une conception divergente, qui entend donner à la Confédération une compétence – voire même un devoir d'intervention – plus étendue s'agissant des obligations internationales découlant des droits sociaux, MARLÉTAZ RAPHAËL, *L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale – Une analyse des obligations internationales des droits humains*, thèse Lausanne, 2020 (à paraître).

⁹⁰ MADER LUZIUS/HÜRZELER MARC, in : EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, Volume II, ad art. 116, N 3, 2055, qui se réfèrent à MAHON (cité note 89), ad art. 116, N 5, p. 910.

⁹¹ MADER/HÜRZELER (cités note 90), Volume II, ad art. 116, N 4, p. 2055-2056 ; GÄCHTER THOMAS/FILIPPO MARTINA, in : WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015, ad art. 116, N 4 et 5, p. 1825-1826 ; MAHON (cité note 89), ad art. 116, N 4 et 5, p. 910.

⁹² Cf. N 31 *supra*, dans le résumé de l'avis de l'Office fédéral de la justice.

est limité à deux égards : d'une part, il ne s'agit pas d'une compétence législative générale dans le domaine de la politique familiale en tant que telle, la Confédération n'étant autorisée à légiférer que dans la mesure nécessaire pour réglementer les activités de soutien aux familles. D'autre part, la notion de compétence de soutien sous-entend que la Confédération n'est habilitée à intervenir que pour encourager les mesures prises par d'autres, par des tiers⁹³. La compétence de la Confédération en vertu de l'art. 116 al. 1, 2^{ème} phrase, ne se substitue donc pas aux compétences cantonales. La disposition crée en conséquence une compétence parallèle de la Confédération et des cantons dans le domaine de la protection de la famille. En ce sens, le soutien fédéral est subsidiaire.

38. **Le contenu, l'étendue et les limites de la compétence ainsi attribuée.** – Si la compétence ainsi attribuée est limitée par le fait même qu'elle se restreint à une compétence de soutien ou d'encouragement, il n'y a en revanche pas de limite matérielle s'agissant du contenu du soutien potentiel, pour autant que celui-ci relève de la protection de la famille ou de la politique familiale, ni de limite temporelle, en ce sens que le soutien devrait nécessairement être limité dans le temps⁹⁴. La doctrine souligne du reste que la notion même de politique familiale et les objectifs de celles-ci sont évolutifs et ont du reste évolué dans le temps, passant d'ambitions démographiques, voire hygiénistes ou eugéniques, à des buts de politique socio-économique ou encore des motivations relevant de la politique d'égalité entre femmes et hommes, dont font partie aussi les mesures visant à améliorer la conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle⁹⁵. Le spectre des potentielles applications de l'art. 116 al. 1 est donc relativement étendu, même si, dans la pratique, la disposition est en réalité assez peu utilisée en termes de fondement d'une compétence fédérale⁹⁶.

On notera encore que certains auteurs font le lien entre l'art. 116 al. 1 et l'art. 41 al. 1 let. c de la Constitution qui consacre, parmi les « buts sociaux », la volonté que « les familles en tant que communautés d'adultes et d'enfants soient protégées et encouragées » : l'art. 116 al. 1, 2^{ème} phrase, fournirait ou fournit à la Confédération la base de compétence nécessaire pour soutenir des mesures de protection concrètes permettant de mettre en œuvre l'objectif social que représente la protection de la famille au sens de l'art. 41⁹⁷.

3. L'art. 41, spécialement al. 1 let. c et d de la Constitution

39. **La teneur et l'objet de l'art. 41 en général.** – L'art. 41 a pour objet d'introduire, à côté et en dehors du catalogue des droits fondamentaux, qu'il complète, toute une série de « buts sociaux », comme son intitulé l'indique⁹⁸. Ainsi que cela ressort explicitement de son texte (« [l]a

⁹³ Cf. MADER/HÜRZELER (cités note 90), Volume II, ad art. 116, N 8, p. 2056-2057 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 116, N 2, p. 941.

⁹⁴ Aucun auteur, en doctrine, n'évoque une telle limite temporelle.

⁹⁵ MADER/HÜRZELER (cités note 90), Volume II, ad art. 116, N 7, p. 2056, qui relèvent que des objectifs sociopolitiques (maintenir et renforcer la famille en tant qu'institution, en tant que noyau de la société), démographiques (augmenter le taux de natalité) et de politique sociale (prévenir la pauvreté, promouvoir la solidarité entre les personnes et avec les personnes sans enfants) pourraient trouver leur source à l'art. 116 al. 1 ; de même GÄCHTER/FILIPPO (cités note 91), ad art. 116, N 2, p. 1825, estiment qu'aujourd'hui les motivations de la politique familiale relèvent principalement des objectifs de compensation des charges financières des familles ainsi que de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale.

⁹⁶ En plus de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants, qui nous intéresse ici, la doctrine ne mentionne pratiquement que la *loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse*, du 9 octobre 1981 (RS 857.5), ainsi que les subventions à l'association Pro Familia ; voir MADER/HÜRZELER (cités note 90), Volume II, ad article 116, N 6, p. 2056 ; MAHON (cité note 82), ad art. 34quinquies, N 1 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 116, N 2 et 2a, pp. 941-942. Voir aussi DUPONT ANNE-SYLVE, *La Constitution sociale*, in : DIGGELMANN O./HERTIG RANDALL M./SCHINDLER B. (édit.), *Droit constitutionnel suisse/Verfassungsrecht der Schweiz*, Band III: *Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassung/Organes constitutionnels, Procédures, Constitutions thématiques*, Zurich/Bâle/Genève, 2020, pp. 2091-2119, N 22, pp. 2097-2098, qui parle de « compétences embryonnaires, et souvent périphériques » pour l'art. 116 al. 1.

⁹⁷ GÄCHTER/FILIPPO (cités note 91), ad art. 116, N 8, p. 1826.

⁹⁸ Sur ces « buts sociaux », cf. not. DUBEY JACQUES, *Droits fondamentaux*, Volume II, Bâle 2018, N 4150 à 4562, pp. 952-962.

Confédération et les cantons s'engagent [...] à ce que ... »), cette disposition, qui manifeste la dimension sociale de l'État, s'adresse aussi bien aux organes fédéraux qu'aux organes cantonaux compétents, en particulier le législateur, mais aussi les administrations et les tribunaux⁹⁹.

Contrairement aux droits fondamentaux, les buts sociaux de l'art. 41 ne sont toutefois pas justiciables ; ils ne confèrent pas de prétentions subjectives que les particuliers pourraient faire valoir directement devant les tribunaux. Cette disposition s'adresse aux autorités politiques et les contraint à agir dans des domaines socialement importants mais pas directement aux individus, comme le précise du reste explicitement l'al. 4 de l'art. 41¹⁰⁰. Bien que sa dimension normative soit ainsi limitée, l'art. 41 est néanmoins d'une grande importance, selon certains auteurs, dans la mesure où il fournit une base constitutionnelle claire en faveur de l'État social, le droit social et la politique sociale¹⁰¹.

Les objectifs sociaux de l'art. 41 ont donc une portée programmatique à charge de la Confédération et des cantons. Comme le souligne la doctrine, la disposition s'inscrit aussi dans la foulée de nombreuses obligations de droit international que la Suisse a contractées – dont l'art. 41 est le reflet et qu'il concrétise dans une certaine mesure¹⁰². Tel est le cas, notamment, de la Convention n° 102 de l'OIT concernant la sécurité sociale¹⁰³, la Convention n° 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération¹⁰⁴ et la Convention n° 111 de l'OIT concernant l'interdiction de toute discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'emploi et de profession¹⁰⁵, ainsi que du Pacte I des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁰⁶ et, de façon limitée, de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte II des Nations unies relatif aux droits civils et politiques¹⁰⁷.

40. **Les lettres c et d de l'al. 1 de l'art. 41 en particulier.** – En l'occurrence, ce sont surtout les lettres c et d de l'art. 41 al. 1 qui peuvent être intéressantes. La première consacre, on l'a dit, un objectif social de protection et de promotion ou d'encouragement des familles en tant que communautés d'adultes et d'enfants, le terme de « familles » devant être compris dans un sens large^{108,109}.

⁹⁹ BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/SCHWEIZER RAINER J., in : EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, Volume I, ad art. 41, N 8 et 9, p. 897. Cf. aussi, dans le même ouvrage, SCHWEIZER RAINER J., ad Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, N 4, p. 874.

¹⁰⁰ Voir, parmi d'autres, et avec d'autres références, GÄCHTER THOMAS/WERDER GREGORI, in : WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015, ad art. 41, N 11 et 25-26, pp. 812-813 et 816 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 41, N 2 et 5, pp. 474-475 et 477 ; DUBEY (cité note 98), N 4536 à 4538, pp. 959-960 ; cf. aussi BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), ad art. 41, N 15 à 17, pp. 898-899, avec des nuances, en ce sens que certains de ces buts sociaux pourraient être considérés comme des « droits sociaux » (N 17). Dans le même sens, SCHWEIZER (cité note 99), Volume I, ad Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, N 46 et 48, pp. 887-888. Cf. sur ce point DUPONT (cité note 96), N 7 à 13, pp. 2093-2094.

¹⁰¹ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 9, p. 897. Critique à ce propos, DUPONT (cité note 96), N 66 à 78, pp. 2115-2119.

¹⁰² Sur cet aspect, cf. BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 18 et 19, pp. 899-900 ; GÄCHTER/WERDER (cités note 100), ad art. 41, N 8, pp. 811-812 ; SCHWEIZER (cité note 99), Volume I, ad Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, N 56 à 64, pp. 890-892 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 41, N 1, p. 474.

¹⁰³ RS 0.822.720.2.

¹⁰⁴ RS 0.822.720.0.

¹⁰⁵ RS 0.822.721.1.

¹⁰⁶ RS 0.103.1.

¹⁰⁷ RS 0.103.2.

¹⁰⁸ La notion comprend la « famille nucléaire », soit une forme de vie basée sur la relation entre les parents biologiques, beaux-parents ou parents adoptifs et les enfants, qui est socialement et légalement reconnue comme telle, mais aussi, plus largement, comme l'a reconnu le Tribunal fédéral, d'autres relations familiales, pour autant qu'il existe une relation suffisamment étroite, authentique et effectivement vécue. Cf. BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 45, p. 904, qui se réfèrent notamment aux arrêts ATF 135 I 143 cons. 3.1 et 1C_161/2009 du 3 mars 2010 cons. 5.6.1.

¹⁰⁹ Selon d'autres auteurs, l'accent est mis sur la relation entre les parents et les enfants. Cela signifie que la protection de l'intérêt des enfants dans ses relations familiales passe au premier plan, avant même la protection d'une quelconque forme de

Selon la doctrine, la description relativement ouverte des devoirs de l'État démontre qu'un large éventail de mesures est concevable et nécessaire pour favoriser le développement des familles de sorte que cette disposition peut servir à donner une légitimité constitutionnelle à diverses mesures qui devraient être prises à tous les niveaux pour protéger la famille¹¹⁰. Parmi ces mesures, existantes, sont notamment citées les allocations familiales, l'assurance-maternité mais aussi les mesures de conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle¹¹¹.

On notera encore que certains auteurs font clairement le lien entre les mesures de protection et de promotion de la famille, spécialement celles qui visent à améliorer la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, et l'égalité des sexes puisque selon ces auteurs, des mesures telles que la mise en place de crèches et de places d'accueil sont nécessaires afin d'aboutir à une égalité de genre au sein de la famille¹¹².

Selon la lettre d de l'art. 41 al. 1, la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que « toute personne capable de travailler puisse assurer son entretien par un travail qu'elle exerce dans des conditions équitables ».

Il est généralement admis que cette disposition souligne l'importance du travail pour les personnes capables d'exercer une activité rémunérée. A ce titre, la Confédération et les cantons doivent veiller à ce que ces personnes puissent gagner leur vie en travaillant dans des conditions appropriées. Mais, à l'inverse il n'existe pas de « droit individuel au travail », et l'art. 41 al. 1 let. d a toujours été compris comme un mandat sociopolitique pour une politique de plein emploi, de liberté de choix et du lieu de travail¹¹³. A ce titre, le mandat est double. D'une part, toute personne capable de travailler devrait pouvoir trouver un emploi et gagner sa vie dans des conditions raisonnables¹¹⁴. D'autre part, les conditions de travail telles que la rémunération, les horaires de travail, la protection de la santé au travail doivent être appropriées¹¹⁵. Concernant la rémunération, elle doit être adéquate c'est-à-dire qu'elle doit correspondre à la valeur sociale du travail ; de plus, elle doit au moins être suffisante pour couvrir les frais de subsistance des salariés et de leur famille¹¹⁶.

Il est admis aussi, généralement, que la concrétisation de l'objectif social de la lettre d relève, outre la législation, essentiellement du partenariat social et des conventions collectives¹¹⁷.

41. **La question de l'attribution de compétence à la Confédération : une norme non attributive de compétence, en principe.** – Il est aussi généralement admis, en doctrine comme dans la pratique des autorités, que l'art. 41 n'est pas une norme attributive de compétence en faveur de la Confédération, puisqu'il s'adresse aussi bien aux cantons qu'à celle-ci, ou inversement. Le texte

cohabitation des parents. Encore selon ces auteurs, la Confédération et les cantons doivent protéger et promouvoir la communauté entre adultes et enfants. D'une part, l'État doit s'abstenir de prendre des mesures qui pourraient nuire à cette communauté ; il doit d'autre part prendre des précautions – similaires aux devoirs de protection liés aux droits fondamentaux – pour protéger la famille contre l'ingérence de tiers, et enfin il doit promouvoir la famille. Cf. GÄCHTER/WERDER (cités note 100), ad art. 41, N 40, p. 820.

¹¹⁰ GÄCHTER/WERDER (cités note 100), ad art. 41, N 41, p. 820.

¹¹¹ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 48, 904, qui se réfèrent à certaines constitutions cantonales qui prévoient un « droit » à des places d'accueil extrafamilial et parascolaire (comme BS, art. 11, et VD, art. 63a).

¹¹² BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41 N 48, p. 904.

¹¹³ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 52, p. 905.

¹¹⁴ GÄCHTER/WERDER (cités note 100), Volume I, ad art. 41 N 45, p. 821. Sont considérés comme capables de travailler les adultes et les jeunes, sauf s'ils n'ont pas la capacité ou le temps nécessaire pour exercer un emploi rémunéré en raison de leur état de santé, de leur âge (interdiction du travail des enfants ; exclusion des personnes âgées par la retraite anticipée) ou de leurs obligations sociales (soins familiaux) ; cf. BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 55, p. 906

¹¹⁵ GÄCHTER/WERDER (cités note 100), ad art. 41, N 45, p. 821.

¹¹⁶ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 56, p. 906.

¹¹⁷ BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 58, p. 906.

même de la disposition le précise, à son al. 3, qui prévoit que la Confédération et les cantons « s’engagent en faveur des buts sociaux dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles ». Il en résulte que l’art. 41 ne saurait fonder à lui seul une compétence de la Confédération. Celle-ci doit pouvoir baser son action, législative notamment, sur une autre norme constitutionnelle qui lui attribue une compétence. La doctrine et la pratique sont à cet égard unanimes¹¹⁸. La doctrine ne reconnaît du reste souvent aux buts sociaux de l’art. 41 qu’une portée plutôt limitée¹¹⁹.

Du reste, l’art. 41 de la Constitution n’est en principe jamais invoqué dans les préambules des lois fédérales, quelles qu’elles soient^{120,121}.

4. L’art. 8 al. 3 de la Constitution

42. **La teneur et l’objet de la disposition en général.** – La troisième disposition constitutionnelle examinée par l’Office fédéral de la justice est l’art. 8 al. 3, qui garantit le principe de l’égalité entre les sexes, en tant que « *lex specialis* » par rapport à l’interdiction générale de discrimination de l’art. 8 al. 2. Comme on le sait, l’art. 8 al. 3¹²² est composé de trois phrases, chacune ayant une signification propre : la première contient un droit fondamental, justiciable, à l’égalité de traitement, ou une interdiction spécifique de la discrimination fondée sur le genre, la deuxième un mandat de réaliser l’égalité entre les sexes en droit et en fait, et la dernière un droit fondamental, pour les femmes et les hommes, à un salaire égal pour un travail de valeur égale, droit qui a un effet horizontal direct, en ce sens qu’il vaut aussi entre particuliers, dans les relations de travail de droit privé, où il peut être directement invoqué devant les tribunaux¹²³.

Seul nous intéresse ici le mandat de la deuxième phrase de la disposition, selon lequel « [I]a loi pourvoit à l’égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail ».

Avant d’aborder cette disposition spécifique, on notera encore que le principe de l’égalité entre femmes et hommes s’impose aussi en vertu de plusieurs obligations découlant du droit international, notamment de diverses interdictions générales de discrimination énoncées dans

¹¹⁸ Cf., clairement, GÄCHTER/WERDER (cités note 100), ad art. 41, N 22 et 23, p. 815 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 41, N 2, pp. 474-475 ; BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER (cités note 99), Volume I, ad art. 41, N 20, p. 900 ; MAHON (cité note 89), ad art. 41, N 3, p. 374, et N 7, pp. 376-377 ; DUBEY (cité note 98), N 4525 à 4529, pp. 957-958. Cf. aussi le *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1-653, spéc. 202 ss, 204.

¹¹⁹ Voir not. BIAGGINI (cité note 56), ad art. 41, N 1 et 2, pp. 474-475.

¹²⁰ Pour un cas particulier, résultant d’une erreur, voir le *Message sur la modification de la loi fédérale sur l’égalité entre femmes et hommes (Loi sur l’égalité, LEg)*, du 5 juillet 2017, message relatif à la dernière modification de la LEg (adoptée le 4 décembre 2018, RO 2019 2815-2818), FF 2017 5169-5210 (5211-5214 pour le projet), spéc. 5205, où l’on peut lire ce qui suit : « Le préambule de la LEg, rédigé alors que l’ancienne constitution était encore en vigueur, renvoie dans la note de bas de page 1 aux dispositions de la (nouvelle) Constitution du 18 avril 1999. Il est fait référence par erreur à l’art. 41, al. 1, let. d, Cst. (buts sociaux), alors qu’il aurait fallu renvoyer à l’art. 110, al. 1, let. a, Cst. (compétence de la Confédération de légiférer en matière de protection des travailleurs). Cette révision est l’occasion de corriger facilement l’erreur, de déplacer les renvois à la Constitution en vigueur dans le préambule et de les supprimer de la note de bas de page ».

¹²¹ Une autre mention surprenante, du même genre (résultant peut-être aussi d’une erreur), se trouve dans la *loi fédérale sur l’aménagement du territoire (LAT)*, du 22 juin 1979 (RS 700), dont le préambule se réfère aux art. 22^{quater} et 34^{sexies} de la Constitution de 1874. Or, la note de bas de page qui accompagne ce préambule indique qu’« aux disp. mentionnées correspondent actuellement les art. 41, 75, 108 et 147 de la Cst du 18 avril 1999 », ce qui est plutôt étrange pour les art. 41 et 147.

¹²² Dont la teneur a déjà été rappelée plus haut, cf. note 84 *supra*.

¹²³ Cf. notamment MAHON (cité note 90), ad art. 8, N 19 à 21, p. 87-88 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 41, N 27 à 35, pp. 159-164 ; BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH/KÄGI-DIENER REGULA, in : EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, Volume I, ad art. 8, N 99, pp. 241-242 ; WALDMANN BERNHARD, in : WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015, ad art. 8, N 96, pp. 211-212.

la Convention européenne des droits de l'homme, à son article 14¹²⁴, les deux Pactes de l'ONU, le Pacte ONU I¹²⁵ à ses articles 2 par. 2, 3 et 7 (lettre a) et le Pacte II¹²⁶ à ses articles 2 par. 1 et 26 ainsi que, et surtout, dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹²⁷, toutes obligations qui lient la Suisse en la matière. On y reviendra.

43. **Le mandat de la deuxième phrase de l'art. 8 al. 3 et la question de l'attribution de compétence à la Confédération.** – La deuxième phrase de l'art. 8 al. 3 astreint le législateur à assurer l'égalité *en droit* et *en fait* entre les femmes et les hommes. En termes de portée ou de contenu, il est admis que le mandat en question est *impératif*¹²⁸ et qu'il se réfère à tous les domaines de la vie privée et publique¹²⁹, bien que les domaines de la famille, de la formation et du travail, qui sont explicitement mentionnés dans le texte, soient au premier plan.

Ce mandat comporte deux volets. D'une part, le législateur est tenu d'éliminer les inégalités de traitement qui pourraient subsister dans la loi ; c'est la réalisation de l'égalité formelle, juridique, entre les sexes¹³⁰. D'autre part, le législateur doit prendre des mesures propres à réaliser l'égalité matérielle, soit l'égalité *de fait*. Ainsi, la portée de la disposition est particulièrement importante car elle vise à réaliser une égalité réelle, après que des ajustements aient été effectués au niveau législatif¹³¹. Pour reprendre l'expression d'un auteur qui paraphrase le Tribunal fédéral, les autorités « ont un "mandat d'ingénierie sociale" ("Sozialgestaltungsauftrag" [sic !]) consistant à contrecarrer les stéréotypes et les structures sources de discrimination »¹³².

Le mandat de réaliser l'égalité vise ainsi non seulement une égalité des chances, mais une égalité dans les résultats¹³³. Il comporte donc aussi la faculté, voire l'obligation, de prendre ce que l'on appelle des mesures positives afin d'encourager la réalisation de l'égalité entre les sexes¹³⁴.

¹²⁴ RS 0.101. Il faut noter que même si l'art. 14 CEDH est, certes, non autonome, son invocation en lien avec l'art. 8 CEDH, relatif au droit au respect de la vie familiale, pourrait avoir pour la Suisse des conséquences insoupçonnées et importantes, notamment au vu de l'arrêt de la Cour du 20 octobre 2020 en la cause *B. contre Suisse* requête no 78630/12 (concernant l'égalité entre femmes et hommes et la rente de veuf), arrêt qui n'est toutefois pas encore définitif.

¹²⁵ RS 0.103.1.

¹²⁶ RS 0.103.2.

¹²⁷ RS 0.108.

¹²⁸ Cf. BIAGGINI (cité note 56), ad art. 8, N 31, pp. 161-162 ; AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II : *Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne, 2013, N 1121, p. 523.

¹²⁹ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (citées note 123), Volume I, ad art. 8, N 110, p. 245 ; WALDMANN (cité note 123), ad art. 8, N 104, p. 215 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 8, N 31, pp. 161-162 ; HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10^e éd., Zurich 2020, N 785, p. 241.

¹³⁰ MAHON (cité note 89), ad art. 8, N 20, p. 87-88.

¹³¹ Cf. BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (citées note 123), Volume I, ad art. 8, N 110, p. 245. Ce second volet comprend lui-même deux aspects : d'un côté il s'agit d'éliminer de la loi non seulement les inégalités ou discriminations directes, c'est-à-dire les dispositions qui font une distinction – injustifiée – en se fondant sur le sexe, mais encore les dispositions qui, tout en étant neutres du point de vue des sexes, créent une inégalité ou discrimination indirecte, c'est-à-dire des inégalités qui ont pour but ou pour effet de défavoriser l'un des sexes par rapport à l'autre ; cf. not. MAHON (cité note 89), ad art. 8, N 20, p. 87-88.

¹³² DUBEY (cité note 98), N 3311, p. 603, l'auteur se référant à l'ATF 137 I 305 (= JdT 2012 I 47 cons. 4).

¹³³ BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (citées note 123), Volume I, ad art. 8, N 111, p. 245-246. Cf. WALDMANN (cité note 123), ad art. 8, N 106, p. 215 ; DUBEY (cité note 98), N 3312, p. 603.

¹³⁴ Cf. MAHON (cité note 89), ad art. 8, N 20, p. 87-88, qui relève que ces mesures, destinées à favoriser temporairement l'un des sexes, jusqu'à ce que l'égalité soit réalisée en fait, peuvent parfois entrer en conflit avec le droit fondamental de l'égalité formelle de l'art. 8 al. 3, 1^{ère} phrase. Dans la mesure où elles constituent une inégalité au détriment de l'autre sexe, elles devront donc faire l'objet d'une pesée des intérêts. Selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, ces mesures doivent reposer sur une base juridique claire, poursuivre un objectif d'intérêt public, être proportionnées et compatibles avec les autres droits fondamentaux. Voir aussi à ce propos AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER (cité note 128), N 1122 à 1128, pp. 523-527 ; WALDMANN (cité note 123), ad art. 8, N 109 à 113, p. 217 ; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (citées note 123), Volume I, ad art. 8, N 111 à 115, pp. 245-248.

On précisera encore que si la 2^{ème} phrase de l'al. 3 n'implique en principe pas de droit, justiciable, à la réalisation de l'égalité de fait, le Tribunal fédéral et la doctrine admettent néanmoins une possibilité de recourir en cas d'inaction des pouvoirs publics, au moins dans certaines circonstances¹³⁵.

En ce qui concerne les instruments permettant de réaliser le mandat et de parvenir à l'égalité effective, l'art. 8 al. 3 laisse au législateur une certaine marge de manœuvre. Selon la doctrine, ces mesures peuvent prendre la forme de campagnes de sensibilisation et d'information, de mesures d'incitation sous forme d'allègements fiscaux et d'aides financières, de mesures de promotion (pour l'éducation et la formation continue, la recherche, le travail à temps partiel, une représentation appropriée des sexes dans les différentes professions, fonctions et postes de direction, etc.), mais aussi de mesures institutionnelles telles que les centres spécialisés et de conseil, ou encore les crèches, places d'accueil, que certains auteurs mentionnent explicitement¹³⁶.

Quoi qu'il en soit, il est généralement admis, même si le texte de la disposition ne le dit pas expressément, que le mandat de l'art. 8 al. 3, 2^{ème} phrase, s'adresse au législateur fédéral, cantonal et communal et que, à ce titre, la disposition n'est pas une norme d'attribution de compétence (législative) en faveur de la Confédération¹³⁷.

44. **L'art. 8 al. 3 et la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes.** – Il faut cependant préciser que cette disposition a déjà servi de base, une fois au moins, à une législation fédérale, à savoir à la *loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes*, du 24 mars 1995 (LEg), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1996¹³⁸. Comme chacun le sait, cette loi était appelée à concrétiser la troisième phrase de l'article 8 alinéa 3, relatif au droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

Or, cette loi trouve son fondement constitutionnel à la fois dans les articles 8 al. 3 et 110 de la Constitution fédérale¹³⁹, comme on le verra encore.

5. Excursus : l'apport du droit international, notamment de la Convention relative à l'interdiction des discriminations à l'égard des femmes

45. **Remarques liminaires.** – La deuxième phrase de l'art. 8 alinéa contraint donc le législateur – qu'il soit fédéral, cantonal ou communal – à assurer l'égalité *en droit* et *en fait* entre les femmes et les hommes.

Ce mandat de garantir l'égalité effective entre les femmes et les hommes résulte également de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979 (ci-après : la Convention ou CEDEF), que la Suisse a

¹³⁵ Voir à ce propos ATF 137 I 305 cons. 2 ; cf. aussi HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (cités note 129), N 787, p. 241 ; WALDMANN (cité note 123), ad art. 8, N 103, p. 214 ; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (citées note 123), Volume I, ad art. 8, N 116, p. 248 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 8, N 30, pp. 161-162 ; sur la question de la justiciabilité de ce mandat, cf. aussi DUBEY (cité note 98), N 3307, p. 602.

¹³⁶ Cf. WALDMANN (cité note 123), ad art. 8, N 109 à 113, p. 217 ; BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (citées note 123), Volume I, ad art. 8, N 111 à 115, pp. 245-248 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 8, N 31, pp. 161-162 ; DUBEY (cité note 98), N 3313, pp. 603-604.

¹³⁷ Voir déjà l'avis de l'OFJ, N 32 *supra* ; cf. aussi le *Message* relatif à la loi sur l'égalité, du 24 février 1993 (cité note 178 *infra*), FF 1993 I 1163-1248, 1236 (« Il est admis que la deuxième phrase de l'article 4, 2^e alinéa, de la constitution, ne crée pas de nouvelle compétence législative en faveur de la Confédération ») ; cf. en outre, not., BIAGGINI (cité note 56), ad art. 8, N 3, p. 161 (« keine Bundeskompetenz »), ainsi que, très explicitement, GRISEL ETIENNE, *Égalité, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999*, 2^{ème} éd., Berne, 2009, N 231 et 233, p. 131-132, qui relève toutefois que même « si le Conseil fédéral l'admet sans équivoque », en « pratique, toutefois, la frontière ainsi tracée n'est pas scrupuleusement respectée », l'auteur donnant l'exemple de la loi fédérale sur l'égalité, précisément (cf. à ce propos N 52 *infra*, dans le texte). Le *Message* relatif à la révision totale (cité note 118), lui, ne parle pas de la question, partant probablement du principe que cela résulte de la « mise à jour » (cf. FF 1997 I 1, 145-146).

¹³⁸ RS 151.1.

¹³⁹ Voir le préambule de la LEg, qui se réfère aux art. 8 al. 3, 110 al. 1, let. a, 122 et 173 al. 2 de la Constitution.

ratifiée en 1997¹⁴⁰, de même que le Protocole facultatif à la Convention, du 6 octobre 1999, ratifié en 2008¹⁴¹. Ces instruments internationaux lient la Suisse et, même s'il n'en résulte pas, en principe, une compétence législative de la Confédération¹⁴², ils constituent néanmoins une base – ou au moins une aide – pour l'interprétation de l'art. 8 al. 3 de la Constitution.

Deux dispositions de la Convention nous semblent pertinentes pour ce qui intéresse le présent avis.

46. **L'article 5 de la Convention.** – L'art. 5 let. a de la Convention, tout d'abord, oblige les États parties à prendre les « mesures appropriées pour modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme », le but de ces mesures étant « l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ». Quant à la lettre b de l'art. 5, elle a pour but d'éliminer les stéréotypes liés à la maternité et de rendre responsables les deux parents pour les soins aux enfants et leur éducation.

Cette disposition tend à aboutir à une transformation socio-culturelle en modifiant les stéréotypes, préjugés et pratiques liés au genre. L'art. 5 est considéré comme faisant partie du cœur de la Convention, ceci conjointement avec l'art. 2 let. f, aux termes duquel les États parties s'engagent à « prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes »¹⁴³.

47. **L'art. 11 de la Convention.** – L'art. 11 CEDEF vise pour sa part plus particulièrement à éliminer les discriminations faites aux femmes dans le domaine de l'emploi. Interprété à l'aune des articles 2 let. f et 5 let. a, cette disposition impose aux États de lutter contre les stéréotypes de genre qui affectent la vie professionnelle des femmes¹⁴⁴.

Pour aboutir à cet objectif, le paragraphe 1 garantit aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes, notamment les « mêmes possibilités d'emploi » (let. b), « le libre choix de la profession et de l'emploi » (let. c), ainsi que l'« égalité de rémunération » (let. d). La Convention ajoute que le droit des femmes au travail est un « droit inaliénable » (art. 11 par. 1 let. a)¹⁴⁵.

Le paragraphe 2 met quant à lui l'accent sur la discrimination vécue par les femmes, en matière d'emploi, du fait de leur statut d'épouse ou de (future) mère et prévoit, par exemple, une « protection spéciale » des femmes enceintes (let. d). De plus, ce paragraphe souligne la responsabilité commune des parents dans l'éducation des enfants (let. c). A ce propos, l'art. 11 par. 2 mentionne expressément les structures d'accueil puisque, selon la lettre c du deuxième paragraphe, les États parties s'engagent à prendre des mesures appropriées afin « d'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants ».

¹⁴⁰ RS 0.108.

¹⁴¹ RS 0.108.1.

¹⁴² Voir à ce sujet la note 89 *supra*.

¹⁴³ COTTIER MICHELLE, Article 5, in : HERTIG MAYA/HOTTELLIER MICHEL/LEMPEN KARINE (édit.), *CEDEF – La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Commentaire*, Zurich 2019, pp. 131-161, N 1, p. 131.

¹⁴⁴ LEMPEN KARINE, Article 11, in : HERTIG MAYA/HOTTELLIER MICHEL/LEMPEN KARINE (édit.), cité (note précédente), pp. 287-321, N 17, p. 293.

¹⁴⁵ *Ibid.*, N 3, p. 289.

Tout comme l'art. 5 let. b, l'art. 11 par. 2 let. c CEDEF souligne la responsabilité commune des parents dans l'éducation des enfants. De plus, cette disposition, bien qu'elle ne crée pas d'obligations à la charge de l'État en ce sens, rappelle le rôle que celui-ci joue dans la création d'un cadre favorable à la conciliation des vies professionnelle et familiale¹⁴⁶.

48. **Résumé et conclusions intermédiaires.** – Au même titre que le mandat de réaliser l'égalité non seulement en droit, mais *dans les faits*, de l'art. 8 al. 3 de la Constitution fédérale, la Convention entend promouvoir un changement dans les comportements sociaux liés au genre par des mesures politiques et juridiques afin d'éliminer les désavantages découlant des discriminations faites aux femmes. Ratifié par la Suisse, cet engagement lie notre Etat. Au titre de mesures permettant de lutter contre les stéréotypes de genre qui affectent la vie professionnelle des femmes, les structures d'accueils sont expressément mentionnées à l'art. 11 de la Convention. Bien que leur mise en place ne soit pas obligatoire pour les États, on constate que les mesures de garde d'enfants sont intrinsèquement liées au droit des femmes au travail. En effet, elles permettent aux parents de partager la charge de l'éducation des enfants, laquelle est encore aujourd'hui essentiellement du ressort des mères et de pallier à l'assignation traditionnelle des femmes aux tâches domestiques et de soins aux enfants. Ainsi, pour une partie de la doctrine, « l'assignation traditionnelle des femmes aux tâches domestiques et de soins, qui se manifeste, par exemple, par une fourniture insuffisante d'infrastructures permettant aux parents de concilier obligations familiales et professionnelles, n'est pas compatible avec le droit des femmes au travail »¹⁴⁷, droit qui est garanti par l'art. 11 par. 1 let. a de la Convention, mais aussi par l'art. 7 du Pacte I des Nations Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les femmes devant « avoir la garantie que les conditions de travail qui leur sont accordées ne sont pas inférieures à celles dont bénéficient les hommes »¹⁴⁸.

Le lien entre garde d'enfants et égalité des genres, en termes de possibilités de concilier vie familiale et vie professionnelle, est donc aussi clairement établi dans la Convention.

6. L'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution

49. **La teneur et l'objet de la disposition en général.** – A la sortie de la Seconde guerre mondiale, l'acceptation de la révision des articles économiques a conduit à la révision du fondement constitutionnel des dispositions protégeant les travailleurs et travailleuses¹⁴⁹. L'art. 34^{ter} de l'ancienne Constitution attribuait à la Confédération un certain nombre de compétences législatives en matière de droit public du travail et d'assurances sociales. L'art. 34^{ter} let. a en particulier autorisait la Confédération à « légiférer sur la protection des employés et ouvriers ». Cette disposition a constitué le fondement de plusieurs lois fédérales, notamment la *loi sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (loi sur le travail, LT)*, du 13 mars 1964¹⁵⁰, la *loi sur l'information et la consultation des travailleurs (loi sur la participation)*, du 17 décembre 1993¹⁵¹, mais aussi, comme indiqué précédemment, la *loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité, LEg)*, du 24 mars 1995¹⁵², ainsi que, plus récemment¹⁵³, la *loi sur les*

¹⁴⁶ *Ibid.*, N 94, p. 317.

¹⁴⁷ *Ibid.*, N 21, p. 295, avec d'autres références.

¹⁴⁸ Art. 7 let. a, par. i), du Pacte ONU I.

¹⁴⁹ MAHON (cité note 89), ad art. 110, N 7, p. 848-850.

¹⁵⁰ RS 822.11.

¹⁵¹ RS 822.14.

¹⁵² Voir N 44 *supra*. Pour d'autres exemples de lois fédérales antérieures à 2003 fondées sur cette disposition, cf. MAHON (cité note 89), ad art. 110, N 7, p. 848-850.

¹⁵³ Voir à ce propos GÄCHTER THOMAS, in : EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (édit.), *Die Schweizerische Bundesverfassung : St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, Volume II, ad art. 110, N 23 à 27, p. 1985-

travailleurs détachés, du 8 octobre 1999¹⁵⁴, et la *loi sur le travail au noir*, du 17 juin 2005¹⁵⁵, ou encore la *loi sur la protection contre le tabagisme passif*, du 3 octobre 2008¹⁵⁶.

L'art. 110 al. 1 let. a reprend l'art. 34^{ter} al. 1 let. a de l'ancienne Constitution de sorte qu'aujourd'hui, cette disposition constitue le fondement constitutionnel des législations relatives au travail¹⁵⁷. En ce sens, l'art. 110 concrétise en partie l'objectif social formulé à l'art. 41 al. 1 let. d en donnant à la Confédération des compétences législatives en matière de protection des travailleurs et des travailleuses, à côté de celles que lui attribuent d'autres dispositions constitutionnelles, notamment en matière de réglementation de la formation professionnelle (art. 63 al. 1), de la politique conjoncturelle (art. 100), de l'assurance-chômage (art. 114) et du droit privé du travail, via le droit civil (art. 122)¹⁵⁸.

L'art. 110 ne constitue toutefois pas la base constitutionnelle de l'ensemble du « droit du travail », lequel se fonde en effet sur deux, voire trois piliers : le droit *privé*, du contrat individuel de travail, d'une part, le droit *public* de protection des travailleuses et des travailleurs, d'autre part, et, en troisième lieu, le droit *collectif* du travail. L'art. 110 « représente essentiellement le fondement constitutionnel du droit public du travail, accessoirement d'un aspect particulier du droit collectif, celui de l'extension des conventions collectives. En revanche, il ne constitue pas le fondement de la législation – de droit privé – relative au contrat de travail [...], laquelle trouve sa base dans la compétence de légiférer en matière de droit civil »¹⁵⁹.

On notera que même dans le droit, privé, du contrat de travail, régi par le Code des obligations, et qui définit les relations entre l'employeur et l'employé, la liberté contractuelle des parties est limitée par le souci de protéger le travailleur, considéré comme « partie faible au contrat »¹⁶⁰. L'art. 110 al. 1 let. a représente lui aussi un outil – supplémentaire – de protection de travailleurs et travailleuses en tant que catégorie « plus faible » dans les relations de travail¹⁶¹. Concrétisant les buts sociaux de l'art. 41 (notamment let. d) et donc par certains aspects les objectifs de « l'État providence », l'art. 110 al. 1 let. a permet ainsi pour certains auteurs, une intervention étatique afin de contrer les biais d'un libéralisme pur¹⁶².

1987, ainsi que CARDINAUX BASILE, in : WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015, ad art. 110, N 27 et 28, pp. 1722-1724.

¹⁵⁴ *Loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét)*, RS 823.20. Le préambule de la loi se réfère à l'art. 110 al. 1, let. a et b, de la Constitution.

¹⁵⁵ *Loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (Loi sur le travail au noir, LTN)*, RS 822.41. Le préambule de la loi se réfère à l'art. 110 al. 1, let. a, b et c, de la Constitution.

¹⁵⁶ RS 818.31. Le préambule de la loi se réfère à l'art. 110 al. 1, let. a, et à l'art. 118 al. 2, let. b, de la Constitution (cf. aussi N 53 *infra*).

¹⁵⁷ Sur l'histoire des dispositions constitutionnelles tendant à la protection des « travailleurs », cf. MAHON (cité note 90), ad art. 110, N 1 à 8, pp. 845-850, ainsi que GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 1 à 7, p. 1981, et, de façon détaillée, CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 9 à 21, pp. 1713-1720.

¹⁵⁸ GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 9, p. 1982. Cf. aussi CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 2 et 3, p. 1711 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 110, N 2, p. 914.

¹⁵⁹ MAHON (cité note 89), ad art. 110, N 8 et 9, p. 850-851 (dont est tirée la citation dans le texte) ; cf. aussi CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 1, pp. 1710-1711.

¹⁶⁰ Cette protection se manifeste notamment en ce que le Code prévoit un certain nombre de dispositions auxquelles il ne peut pas être dérogé ou auxquelles il ne peut être dérogé qu'en faveur du travailleur (cf. art. 361 ss CO et art. 361 let. f CO). Voir à ce sujet et pour les raisons de cette protection, CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 6, p. 1712.

¹⁶¹ MAHON (cité note 89), ad art. 110, N 12, p. 853. La doctrine relève que la protection des travailleurs et travailleuses est intrinsèquement liée à bien d'autres dispositions constitutionnelles : ainsi, le travail crée la base d'une vie digne, au sens de l'art. 7 de la Constitution, à plusieurs égards ; de même, le libre choix de la profession mais aussi le libre accès à un emploi rémunéré dans le secteur privé font partie de la liberté économique au sens des art. 27 et 95 al. 1 et 2, ainsi que de la liberté personnelle de l'art. 10 al. 2 ; enfin, plusieurs prestations d'assurances sociales sont également réservées aux personnes exerçant une activité professionnelle, c'est le cas de la prévoyance professionnelle (art. 113) et de l'assurance chômage (art. 114) ; voir par exemple CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 3, p. 1711.

¹⁶² GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 15-16, pp. 1983-1984.

50. **Une compétence législative large en faveur de la Confédération.** – L’art. 110 al. 1 let. a, qui autorise la Confédération à « légiférer : a. sur la protection des travailleurs », est typiquement une norme d’attribution de compétence législative. La disposition attribue au pouvoir fédéral une compétence législative globale et concurrente, dotée d’un effet dérogoire différé¹⁶³, en ce sens que dans la mesure où la Confédération a légiféré, par exemple en matière de santé et de sécurité au travail, les cantons ne sont plus autorisés à édicter de nouvelles réglementations en la matière¹⁶⁴.
51. **L’étendue et les limites de la compétence accordée, selon la doctrine.** – La formulation délibérément large de l’art. 110 al. 1 let. a confère au législateur une marge de manœuvre particulièrement importante, de sorte qu’il n’y a pas de domaines qui ne soient pas susceptibles d’être couverts par une telle compétence¹⁶⁵. L’autorisation de légiférer n’est notamment pas limitée à certaines catégories de salariés, ni à certaines mesures de protection¹⁶⁶. L’art. 110 al. 1 let. a tend à protéger les travailleuses et les travailleurs indépendamment de la nature, privée ou publique, des relations de travail et indépendamment du secteur dans lequel ils exercent leur activité¹⁶⁷.

Bien qu’historiquement, la protection de la vie, de la santé et de la sécurité des travailleuses et travailleurs ait constitué le domaine central d’application de l’art. 110 al. 1 let. a¹⁶⁸, la doctrine est en effet d’avis que cette disposition couvre ou permet de couvrir plus généralement des mesures d’autres nature, comme des mesures destinées à protéger la personnalité et à accroître le bien-être des travailleuses et des travailleurs¹⁶⁹.

Une autre caractéristique de l’art. 110 al. 1 let. a, qui doit être évoquée dans le contexte du présent avis, est celle qui résulte de la notion de « travailleurs » ou de « travailleuses et travailleurs ». Il est en effet assez largement admis, en doctrine, que cette notion – et l’art. 110 al. 1 let. a – vise, exclusivement même, « le travail *salarié*, soit la prestation de travail dépendante, offerte à un employeur, en contrepartie d’une rémunération, un salaire »¹⁷⁰, et non ce qui relève de l’activité professionnelle indépendante¹⁷¹. On peut donc se demander si cela constitue ou constituerait un obstacle ou une limite à une compétence législative fondée sur cette disposition, ou si la législation en la matière devrait être limitée aux seules personnes salariées. Certains auteurs relèvent toutefois que la notion de « travail salarié » ne fait pas l’objet d’une définition uniforme et généralement valable dans la Constitution :

« Ein einheitlicher Begriff der unselbständigen Erwerbstätigkeit, d.h. eine Definition der Arbeitnehmereigenschaft, ist der Verfassung indes nicht zu entnehmen, d.h. in der Verfassung finden

¹⁶³ BIAGGINI (cité note 56), ad art. 110, N 3, p. 915 ; MAHON (cité note 89), ad art. 110, N 13, p. 853.

¹⁶⁴ Notons toutefois que la majorité de la doctrine est d’avis que les cantons conservent leur compétence réglementaire pour les domaines qui ne sont pas couverts par la loi fédérale en question. Sur la question, avec d’autres références, GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 26, p. 1987.

¹⁶⁵ GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 22, p. 1985, qui parle de compétence « ausserordentlich weit gefasst », et précise : « Es gibt mit anderen Worten kaum einen Bereich innerhalb der Arbeitsbeziehungen, in dem der Bund nicht zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legisfieren dürfte », en se référant à AUBERT GABRIEL, in : AUBERT J.-F./EICHENBERGER K./MÜLLER J.P./RHINOW R. A./SCHINDLER D. (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874*, ad art. 34ter al. 1, N 13, ainsi qu’au message relatif à la révision des articles économiques, de 1945.

¹⁶⁶ GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 23, p. 1985 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 110, N 4, pp. 915-916.

¹⁶⁷ MAHON (cité note 89), ad art. 110, N 13, p. 853 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 110, N 4, pp. 915-916 ; GÄCHTER (cité note 157), Volume II, ad art. 110, N 23, p. 1985.

¹⁶⁸ Voir à ce propos GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 23, p. 1985.

¹⁶⁹ GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 23, p. 1985 ; dans le même sens, MAHON (cité note 89), ad art. 110, N 13, p. 853. Cf. aussi, qui qu’un peu plus restrictif, semble-t-il, CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 25, p. 1721-1722 (voir aussi, à ce propos, plus bas, dans le texte).

¹⁷⁰ MAHON (cité note 89), ad art. 110, N 9, p. 851 ; GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 8, p. 1982 ; BIAGGINI (cité note 56), ad art. 110, N 4, pp. 915-916.

¹⁷¹ GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 8, p. 1982, qui constate que celle-ci relève de la « Wirtschaftsverfassung » (voir la citation qui suit, dans le texte).

sich keine Elemente für ein vereinheitlichendes Verständnis der Arbeitnehmereigenschaft in Arbeitsrecht, öffentlichem Dienstrecht, Sozialversicherungsrecht oder Steuerrecht. Deutlich wird einzig, dass nicht die Regelung der Selbständigen Erwerbsarbeit angestrebt wird, welche eher zur Wirtschaftsverfassung i.e.S zu zählen ist [avec références]. »¹⁷²

D'autres auteurs ont une position plus ambiguë en soulignant que le titre de la disposition, qui parle de « travail » (*Arbeit*), pourrait théoriquement permettre d'inclure aussi les activités indépendantes, mais considèrent néanmoins que la disposition se limite au travail *salarie* et ont même une conception assez restrictive du contenu de la législation « couverte » par l'art. 110 al. 1 let. a :

« Der im Titel von Art. 110 verwendete Begriff «Arbeit» könnte die Tätigkeit sowohl von Arbeitnehmern wie auch von Selbständigen bezeichnen. Ebenso liessen sich unentgeltliche Beschäftigungen darunter fassen. Indessen wird aus dem Norminhalt deutlich, dass sich die Bestimmung alleine auf das klassische Arbeitsverhältnis bezieht [avec références] », l'auteur se référant ensuite à la définition du contrat de travail qui résulte de l'art. 319 CO¹⁷³ ;

Plus loin, le même auteur poursuit : « Das öffentliche Arbeitsrecht beschlägt nach dem Gesagten in erster Linie das *Verhältnis zwischen dem Staat und den Arbeitgebern*. [...] Der in der Verfassung nicht weiter umschriebene «Schutz» impliziert ein öffentliches Interesse daran, dass der Arbeitgeber durch geeignete, erforderliche und zumutbare Massnahmen verpflichtet wird (Art. 5 Abs. 2, Art. 27 und 94 i.V.m. Art. 36 Abs. 3), die körperliche und psychische Gesundheit seiner Arbeitnehmer sowie deren Persönlichkeit (berufliche und persönliche Ehre, Geheim- und Privatsphäre, sexuelle Integrität, Zeit für soziale Kontakte) zu schützen, soweit diese durch die von ihnen geforderte Arbeitsleistung gefährdet werden könnten. [...] »¹⁷⁴.

Plus loin encore : « Der Verfassungstext würde es grundsätzlich erlauben, neben der Gesundheit und Persönlichkeit des Arbeitnehmers auch dessen wirtschaftliche Existenz und Vermögen als schützenswert zu qualifizieren und gestützt darauf etwa die Kündigungs- und Lohnfreiheit zu beschneiden. Der Gesetzgeber konzentriert sich im öffentlichen Arbeitsrecht indessen wohlweislich auf die Bereiche der Arbeitszeit, des übrigen Gesundheitsschutzes und des Schutzes besonderer Arbeitnehmerkategorien. Die übrigen Fragen belässt er in der Privatautonomie der Parteien des Einzelarbeitsvertrags und der Sozialpartner. Das entspricht dem Prinzip der *Arbeitsmarktfreiheit* [réf.]. Der Staat soll nur dort öffentliches, von ihm selber zu kontrollierendes Arbeitsrecht setzen, wo es zum Schutze der Arbeitnehmer wirklich erforderlich ist », l'auteur poursuivant en expliquant que le déséquilibre entre employeur et travailleur peut être compensé ou rééquilibré par des instruments de droit privé, comme les dispositions impératives et semi-impératives du Code des obligations, par exemple (sous-entendu, plus que par du droit public)¹⁷⁵.

Bien qu'apparemment assez restrictive, cette conception n'exclut cependant pas – elle l'admet même explicitement – que la Constitution autorise ou pourrait autoriser – à l'art. 110 al. 1 – une action législative dépassant le seul cadre du travail *salarie*, d'une part, et de la stricte relation de travail au sens étroit de la protection de la sécurité et de la santé, voire de la personnalité du travailleur ou de la travailleuse par l'employeur.

52. **Le recours à l'art. 110 al. 1 let. a dans la pratique des autorités : la loi sur l'égalité.** – Quoi qu'il en soit, dans la pratique des autorités fédérales, l'art. 110 al. 1 let. a, qui est assez souvent invoqué comme fondement de diverses lois, l'est fréquemment en combinaison avec d'autres bases constitutionnelles, dans la mesure où ces législations poursuivent, à côté et en plus de la protection des travailleuses et des travailleurs, d'autres intérêts publics, de sorte que la limitation au seul « travail salarié » et à la seule « protection » des travailleuses et travailleurs passe quelque peu au second plan.

Ainsi, par exemple, on l'a déjà vu, la *loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes* se fonde non seulement sur l'art. 8 al. 3 de la Constitution (N 44 *supra*), mais aussi sur l'art. 110 al. 1 let. a, ainsi que sur les articles 122 (pour le droit privé du contrat de travail) et 173 al. 2 (pour

¹⁷² GÄCHTER (cité note 153), Volume II, ad art. 110, N 8, p. 1982.

¹⁷³ CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 5, p. 1712.

¹⁷⁴ CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 24, p. 1721.

¹⁷⁵ CARDINAUX (cité note 153), ad art. 110, N 25, p. 1721-1722.

le droit, public, du personnel fédéral)¹⁷⁶. Ainsi qu'on l'a indiqué plus haut, ce fondement a parfois été vivement critiqué en doctrine, par l'un ou l'autre auteur, qui considérait que l'art. 110 ne permettait pas une telle intervention de la Confédération¹⁷⁷. Cet avis est toutefois resté largement minoritaire et la doctrine a plutôt accepté, dans l'ensemble, la conception défendue par le Conseil fédéral dans son message relatif à ladite loi¹⁷⁸. Dans ce message, où il admettait lui-même – on l'a vu¹⁷⁹ – que le mandat de l'art. 8 al. 3 ne donne pas de compétence à la Confédération, le Conseil fédéral s'exprimait ainsi :

« Une compétence du législateur fédéral à raison de la matière est donnée par l'article 34ter, 1^{er} alinéa, lettre a, de la constitution, lequel attribue à la Confédération la compétence de légiférer en matière de protection des travailleurs. Il s'agit là, selon la lettre de cette disposition et comme le confirment les travaux préparatoires, d'une compétence illimitée ; le Conseil fédéral a déjà eu l'occasion de préciser, dans son message du 9 mai 1984 sur la protection des travailleurs contre les licenciements abusifs (FF 1984 II 574), que cette disposition constitutionnelle ne poursuit pas seulement un but de police, mais plus largement un but de politique sociale. Elle ne se limite donc pas à la protection de la santé et de l'intégrité corporelle. D'ailleurs, la protection des travailleurs, qu'il faut aujourd'hui interpréter à la lumière de l'article 4, 2^e alinéa, de la constitution, comprend aussi la protection des droits de la personnalité, au rang desquels il faut compter le droit de ne pas subir de discrimination à raison du sexe en matière d'emploi »¹⁸⁰.

« L'article 34ter, 1^{er} alinéa, lettre a, de la constitution, donne à la Confédération la compétence d'adopter des dispositions en matière de protection des travailleurs, qui comprennent en particulier des dispositions de politique sociale. Contrairement à la compétence dont dispose la Confédération en matière de formation professionnelle et qui est régie par l'article 34ter, 1^{er} alinéa, lettre g, de la constitution, la compétence de légiférer en matière de protection des travailleurs n'est pas limitée à certains secteurs d'activité. De fait, la loi sur le travail du 13 mars 1964 (RS 822.11) ne s'applique pas seulement aux entreprises du secteur privé, mais aussi à certaines entreprises publiques, bien que dans une mesure assez limitée. Il y a donc lieu de constater que la compétence de l'article 34ter, 1^{er} alinéa, lettre a, de la constitution, n'est pas limitée aux travailleurs du secteur privé. Les travaux préparatoires relatifs à l'article 34ter, 1^{er} alinéa, lettre a, de la constitution, font eux aussi état d'une compétence étendue ne comportant aucune limite quant au champ d'application ou quant à la teneur de la protection visée. C'est pourquoi la Confédération est habilitée à adopter une interdiction de discrimination valant également pour la fonction publique cantonale et communale et s'accompagnant de dispositions permettant aux travailleurs lésés de faire valoir leurs droits en justice »¹⁸¹.

Comme indiqué, la doctrine n'a, dans sa grande majorité, pas soulevé d'objection fondamentale à cette manière de voir et semble considérer que la loi sur l'égalité trouve un fondement constitutionnel suffisant dans la combinaison des quatre dispositions évoquées.

53. **Quelques autres lois fédérales fondées (en partie) sur l'art. 110 al. 1 let. a.** – Si la loi sur l'égalité évoquée a un champ d'application matériel qui reste assez clairement circonscrit aux relations de travail et au domaine du travail salarié, qu'il soit de droit privé ou de droit public (fédéral,

¹⁷⁶ Dispositions qui correspondent aux dispositions de l'ancienne Constitution qui étaient mentionnées dans le Préambule de la loi au moment de son adoption, en 1995 ; voir à ce propos la note 120 *supra*.

¹⁷⁷ Voir GRISEL (cité note 137), N 232, p. 131, qui exprimait cette critique ainsi : « La loi fédérale sur l'égalité, [...], qui est censée reposer – curieusement – sur l'ancien article 4, alinéa 2, s'applique à tous les rapports de travail, y compris ceux qui sont régis par le droit public fédéral, cantonal ou communal (art. 2) ; elle excède largement les pouvoirs que la Confédération détient en vertu de l'article 110 (ancien art. 34^{ter}), car cette disposition, qui peut certes toucher des relations de droit public, ne vise cependant pas l'ensemble de la fonction publique des cantons et des communes, laquelle continue à dépendre de la réglementation propre à chaque collectivité. La loi fédérale contient en outre des normes de procédure qui vont au-delà des prescriptions nécessaires à l'exécution du droit privé fédéral (art. 8 ss) ; à ce titre, elle ne trouve de base suffisante que dans le nouvel article 122, voté le 12 mars 2000 et mis en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Enfin elle comporte des règles qui n'ont pas de relation directe avec l'égalité entre hommes et femmes, notamment sur le harcèlement sexuel (art. 4). Dès lors, elle outrepassé les compétences fédérales et, pour ce motif formel, enfreint la Constitution, dans son ancienne et dans sa nouvelle version ».

¹⁷⁸ *Message concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie fédérale*, du 24 février 1993, FF 1993 I 1163-1248.

¹⁷⁹ Voir la note 137 *supra* (« Il est admis que la deuxième phrase de l'article 4, 2^e alinéa, de la constitution, ne crée pas de nouvelle compétence législative en faveur de la Confédération »).

¹⁸⁰ *Message* du 24 février 1993 (cité note 178), FF 1993 I 1163, 1236-1237.

¹⁸¹ *Message* du 24 février 1993 (cité note 178), FF 1993 I 1163, 1238.

cantonal et communal), il n'en va pas pour d'autres lois fondées au moins en partie sur l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution.

Tel est le cas, en premier lieu, de la *loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif*, du 3 octobre 2008¹⁸², qu'on a déjà brièvement évoquée (N 49 *supra*). Cette loi se fonde en effet, selon son préambule, à la fois sur l'art. 110 al. 1 let. a et sur l'art. 118 al. 2 let. b de la Constitution, lequel attribue à la Confédération une compétence de légiférer pour protéger la santé « contre les maladies transmissibles, les maladies très répandues et les maladies particulièrement dangereuses ». Dans son rapport sur l'initiative parlementaire qui a conduit à l'adoption de cette loi¹⁸³, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national s'exprimait ainsi à propos de ce double fondement constitutionnel :

« Le projet de loi sur la protection contre le tabagisme passif se fonde sur les art. 110 et 118, al. 2, let. b, de la Constitution fédérale (Cst.). Sur la base de l'art. 110 de la Cst., la Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs et sur les rapports entre employeurs et travailleurs. Cette base constitutionnelle permet une réglementation directe de l'État sous la forme de dispositions de comportement en faveur des employés. La Confédération peut prévoir des dispositions de manière exhaustive dans tous les domaines, qu'il s'agisse du domaine public ou privé et permet ainsi de légiférer en matière de protection contre le tabagisme passif sous l'angle du droit du travail [référence à un avis de droit de l'Office fédéral de la Justice, « rapport juridique du 8 mai 2003, *Frage der Grundlagen für eine Bundesgesetzgebung zum Schutze vor dem Passivrauchen*, VPB 68.81]. Sur la base de l'art. 118, al. 2, let. b, Cst., la Confédération est légitimée à légiférer en matière d'atteinte dommageable à la santé pour cause de tabagisme passif. Ainsi, elle contribue à la lutte contre les maladies particulièrement dangereuses (par ex. le cancer) »¹⁸⁴.

Comme on le voit, l'art. 110 al. 1 let. a peut donc aussi servir de base – en combinaison avec une autre disposition constitutionnelle – à une législation qui ne se limite pas strictement à la seule protection des travailleuses et des travailleurs et au seul domaine du « travail *salarié* », mais poursuit un objectif plus général, en l'occurrence de protection de la santé publique en général, pour toute personne qui fréquente un lieu déterminé¹⁸⁵, qu'elle soit salariée, indépendante, sans activité lucrative ou autre.

Une réflexion semblable vaut sans doute aussi pour d'autres lois, comme la *loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (Loi sur les produits chimiques, LChim)*, du 15 décembre 2000¹⁸⁶, qui a pour but « pour but de protéger la vie et la santé de l'être humain des effets nocifs de substances ou de préparations » (art. 1) et qui se fonde, elle aussi, selon son préambule, sur l'art. 110 al. 1 let. a, en plus des articles 95 al. 1 et 118 al. 2 let. a de la Constitution.

Même la *loi fédérale sur la circulation routière (LCR)*, du 19 décembre 1958¹⁸⁷, se fonde elle aussi, en (petite) partie, selon son préambule¹⁸⁸, sur l'art. 110 al. 1 let a de la Constitution, à côté

¹⁸² RS 818.31.

¹⁸³ Initiative parlementaire *Protection de la population et de l'économie contre le tabagisme passif*, Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 1^{er} juin 2007, FF 2007 5853-5872 (avec projet de loi, FF 2007 5873-5876) ; FF 2007 5877-5880, pour l'Avis du Conseil fédéral, du 22 août 2007.

¹⁸⁴ *Rapport* du 1^{er} juin 2007 (cité note 183), FF 2007 5853, 5870.

¹⁸⁵ La loi a pour objet, selon son art. 1^{er}, « la protection contre le tabagisme passif dans les espaces fermés accessibles au public ou qui servent de lieu de travail à plusieurs personnes » et, à voir les lieux définis à l'art. 2, elle protège certes les travailleuses et les travailleurs, mais aussi beaucoup plus généralement toutes les personnes qui fréquentent ces lieux, sans être travailleuses ou travailleurs.

¹⁸⁶ RS 813.1. Voir aussi le *Message concernant la loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (Loi sur les produits chimiques, LChim)*, du 24 novembre 1999, FF 2000 623-783 (784-805, pour le projet de loi), spéc. 749-750 (message qui n'explique à vrai dire pas clairement pourquoi la loi se base aussi sur l'art. 110 al. 1 let. a).

¹⁸⁷ RS 741.01. Voir le *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi sur la circulation routière*, du 24 juin 1955, FF 1955 II 1-114, spéc. 8-9 et 78 (pour le préambule de l'époque, qui se référait à l'art. 34ter, en plus de 37bis, 64 et 64bis).

¹⁸⁸ Préambule qui a été revu lors de la modification de la LCR du 21 juin 2012, pour être adapté à la nouvelle Constitution ; cf. RO 2012 6291-6329, 6291, et *Message concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière*, du 20 octobre 2010, FF 2010 7703-7786 (7787-7816, pour le projet de loi), spéc. 7751 et 7787.

des articles 82 al. 1 et 2, 122 al. 1 et 123 al. 1. Dans son message du 24 juin 1955, le Conseil fédéral expliquait ainsi cette référence à la disposition relative à la protection des travailleuses et travailleurs :

« En plus de l'article 37bis de la constitution, qui doit être pris en considération avant tout autre, le préambule du projet cite, comme dans la loi actuelle, les articles 64 et 64bis, qui servent de base aux dispositions légales de caractère civil ou pénal. Parmi les autres dispositions constitutionnelles qui pourraient être invoquées pour servir de base à certains articles de la loi, mentionnons par exemple, en ce qui touche la circulation des véhicules militaires, l'article 20 de la constitution. Toutefois, le préambule se borne à mentionner encore l'article 34 fer, selon lequel la Confédération peut édicter des prescriptions destinées à protéger les employés. Cette mention est indiquée, car, lorsqu'il s'agira de régler la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles, on verra apparaître une relation très étroite entre les buts recherchés par la protection des employés et par l'amélioration de la sécurité routière »¹⁸⁹.

Il apparaît ainsi que l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution a été invoqué assez fréquemment, dans la pratique, en tant que fondement constitutionnel partiel, à côté d'autres, à l'appui de lois fédérales qui n'avaient pas – parfois même loin s'en faut – pour but principal ou prioritaire de régler des questions strictement liées aux relations de travail (relevant du seul travail *salarié*) salariées) ni de protéger les travailleuses et les travailleurs. Dans tous ces cas, toutefois, l'art. 110 accompagnait et épaulait, en quelque sorte, un autre fondement constitutionnel, principal, dans la mesure où la loi en question comportait aussi une dimension, le plus souvent accessoire, de protection des travailleuses et des travailleurs.

C. Appréciation et conclusions propres quant aux questions posées

1. Résumé des enseignements tirés de l'analyse de la doctrine et appréciation

54. **Remarques liminaires.** – Il ressort tout d'abord de l'analyse proposée ci-dessus de la doctrine que celle-ci ne se prononce pas explicitement – ni de manière spécifique et précise – sur les questions posées au présent avis.

Il est néanmoins possible de tirer de cette analyse quelques éléments qui sont utiles et pertinents dans le contexte du présent avis, constats que l'on reprendra ci-après, sous forme synthétique.

55. **L'art. 116 al. 1 de la Constitution.** – Il est incontestable et incontesté, tout d'abord, que l'art. 116 al. 1 de la Constitution fournit, par sa deuxième phrase, une base explicite et claire à une action de soutien de la Confédération – telle que celle qui est prévue par l'actuelle législation fédérale – à l'égard des mesures d'accueil extrafamilial et parascolaire prises par d'autres, les cantons, les communes ou d'autres institutions, même de droit privé.

Cette action n'a pas, du point de vue constitutionnel, à être soumise à une condition temporelle, en ce sens qu'elle ne doit pas être limitée dans le temps. Si elle l'est, c'est pour des motifs d'ordre politique, ce n'est pas en vertu du droit constitutionnel.

En revanche, cette compétence est limitée par le fait qu'elle est une compétence de soutien – ou d'encouragement – seulement, ce qui implique une double limite : d'une part, la Confédération n'a pas de compétence législative générale dans le domaine de la politique familiale en tant que telle, elle n'est autorisée à légiférer que dans la mesure nécessaire pour réglementer les activités de soutien aux familles (condition d'octroi du soutien financier et autres éléments connexes) ; d'autre part, la Confédération n'est habilitée à intervenir que pour encourager les mesures prises par d'autres, par des tiers ; autrement dit, son action est

¹⁸⁹ Message du 24 juin 1955 (cité note 183), FF 1955 II 1, 8-9.

subsidaire, et la compétence de la Confédération ne se substitue pas aux compétences cantonales.

56. **Les articles 41 et 8 al. 3 de la Constitution.** – Il est tout aussi clair – et admis de manière assez générale, pour ne pas dire unanime – que ni l’art. 41, relatif aux buts sociaux, ni l’art. 8 al. 3, 2^{ème} phrase, relatif au mandat de réaliser l’égalité, de droit et de fait, entre femmes et hommes, ne constituent des dispositions qui attribuent à la Confédération une compétence de légiférer. Ces dispositions représentent toutes deux des mandats, certes impératifs, assignés tant à la Confédération qu’aux cantons, de poursuivre certains objectifs de politique sociale et de politique d’égalité des genres.

Même si, matériellement, de par leur contenu, ces dispositions visent et incluent les mesures en faveur de l’accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, qui sont d’ailleurs mentionnées à ce titre par la doctrine, elles n’ont pas – du moins à elles seules – la nature de normes d’attribution de compétences législatives.

Pour ce qui est de l’art. 41, cela résulte explicitement du texte même de la disposition (art. 41 al. 3), de la systématique du texte constitutionnel et des travaux préparatoires, comme l’a du reste montré l’Office fédéral de la justice en 2001. La position de la doctrine, aujourd’hui, n’est pas différente, la doctrine ne reconnaissant d’ailleurs à l’art. 41 qu’une portée normative assez limitée. L’art. 41 n’est du reste en principe jamais invoqué à l’appui des lois fédérales.

Pour ce qui est de l’art. 8 al. 3, 2^{ème} phrase, la même conclusion résulte du fait que le mandat de réaliser l’égalité de droit et de fait s’adresse à la *loi* de manière générale, par quoi il faut entendre, de l’avis unanime de la doctrine, aussi bien la loi cantonale ou communale que la loi fédérale. Il en résulte que, là encore, la disposition n’est pas susceptible de fonder – à elle seule du moins – une compétence législative en faveur de la Confédération. Cela résulte aussi de la systématique du texte constitutionnel.

Néanmoins, pour ce qui est de l’art. 8 al. 3, on peut considérer que le mandat contenu par la deuxième phrase de cette disposition, qui est appuyé de plus par diverses obligations internationales qui lient la Suisse, est sensiblement plus contraignant et impératif que les mandats résultant de l’art. 41, de sorte qu’il ne paraît pas absolument exclu que l’art. 8 al. 3 soit utilisé pour appuyer, à côté de – et avec – une (autre) norme constitutionnelle attributive de compétence, une compétence législative fédérale.

Tel a du reste été le cas, en pratique, pour la loi fédérale sur l’égalité entre femmes et hommes, qui se fonde notamment sur l’art. 8 al. 3, à côté d’autres normes de la Constitution fédérale, sans que la doctrine n’ait, sauf quelques exceptions, véritablement protesté contre un tel usage.

57. **L’art. 110 al. 1 let. a de la Constitution.** – La réponse à la question principale posée au présent avis – de savoir si l’art. 110 al. 1 let. a de la Constitution peut ou pourrait aussi constituer le ou un fondement constitutionnel d’une législation fédérale en matière d’accueil extrafamilial et parascolaire des enfants – est moins évidente.

L’Office fédéral de la justice l’a admis dans son avis de droit du 25 octobre 2001 sans toutefois approfondir complètement la problématique. Pour ce qui est de la doctrine, elle ne donne pas de réponse spécifique à la question.

Tous les auteurs admettent certes – sans trop s’y arrêter – que matériellement, de par son contenu, la disposition, dont le champ d’application est *a priori* très large, peut théoriquement ou pourrait viser et inclure des mesures comme celles de l’accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, qui sont d’ailleurs explicitement mentionnées à ce titre par plusieurs auteurs. La doctrine souligne néanmoins que la compétence accordée à la Confédération par cette disposition est restreinte – ou limitée – au travail *salarie*, d’une part, ainsi que, d’autre part, au

moins pour certains auteurs, à la « relation de travail » ou, mieux, à la relation entre l'État et les employeurs ou entre l'État et les travailleurs.

On peut donc se demander si cela constitue un obstacle ou une limite à une compétence législative fondée sur cette disposition ou, en d'autres termes, si la législation en la matière devrait être limitée aux seules personnes salariées et à un seul objectif étroit de « protection des travailleuses et des travailleurs ».

La pratique des autorités fédérales, notamment du législateur, fournit à cet égard quelques indices. Tout d'abord, on peut constater que l'art. 110 al. 1 let. a est assez souvent invoqué comme fondement de lois relativement différentes les unes des autres, mais qu'il est le plus souvent invoqué en combinaison avec d'autres bases constitutionnelles, dans la mesure où ces législations poursuivent, à côté et en plus de la protection des travailleuses et des travailleurs, d'autres intérêts publics, de sorte que la limitation au seul « travail salarié » et à la seule « protection » des travailleuses et travailleurs passe quelque peu au second plan.

Cela vaut par exemple, en plus de la *loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes*, pour la *loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif*, de 2007, et la *loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (loi sur les produits chimiques)*, de 2000, mais même, aussi, pour des lois plus anciennes, comme la *loi fédérale sur la circulation routière*, de 1958.

Il apparaît ainsi que l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution a été invoqué assez fréquemment, dans la pratique, en tant que fondement constitutionnel partiel, à côté d'autres, à l'appui de lois fédérales qui n'avaient pas – parfois même loin s'en faut – pour objet principal ou prioritaire de régler des questions strictement liées aux relations de travail (relevant du seul travail *salarié*), ni pour but premier de protéger les travailleuses et les travailleurs. Dans tous ces cas, toutefois, l'art. 110 accompagnait et épaulait, en quelque sorte, un autre fondement constitutionnel, principal, dans la mesure où la loi en question comportait aussi une dimension, le plus souvent accessoire, de protection des travailleuses et des travailleurs.

2. Conclusions : réponses aux questions

58. **Une compétence fédérale plus étendue fondée sur les articles 116 al. 1, 110 al. 1 let. a et 8 al. 3 de la Constitution.** – Il résulte de ce qui précède que, comme l'avait déjà indiqué, sans toutefois entrer dans le détail, l'Office fédéral de la justice dans son avis du 25 octobre 2001, il nous paraît possible – ou du moins pas exclu – d'invoquer aussi, à côté de l'art. 116 al. 1, d'autres normes de la Constitution fédérale, en particulier une combinaison de l'art. 110 al. 1 let. a et de l'art. 8 al. 3, pour fonder une compétence de la Confédération qui dépasse le cadre de la compétence actuelle basée uniquement sur l'art. 116 al. 1.

Il n'est donc à notre avis pas exclu d'envisager que l'action législative de la Confédération puisse se fonder, en plus ou à côté de l'art. 116 al. 1, sur les articles 110 al. 1 let. a et 8 al. 3 de la Constitution.

Cela au même titre, en quelque sorte, que la *loi sur l'égalité entre femmes et hommes* est fondée sur plusieurs dispositions, qui « couvrent » chacune une partie de la loi : l'art. 110 al. 1 let. a pour le droit public du travail (et le droit de la fonction publique cantonale et communale), l'art. 122 pour le droit privé du contrat de travail et l'art. 173 al. 2 pour le droit du personnel fédéral, l'art. 8 al. 3 soutenant l'objectif général de la loi, à savoir la concrétisation de l'égalité de genre commandée par la Constitution.

Au même titre aussi que la *loi sur le tabagisme passif*, qui poursuit à la fois un objectif de protection de la santé en général et, en même temps, de protection des travailleuses et des travailleurs, est fondée sur les articles 118 (al. 2 let. b) et 110 (al. 1 let. a) de la Constitution, ou

encore que la *loi sur les produits chimiques* ou même la *loi sur la circulation routière* sont basées elles aussi, en partie, sur l'art. 110 al. 1 let. a, en plus d'autres dispositions constitutionnelles.

59. **Conditions et limites d'une telle extension de la compétence fédérale.** – Cette possibilité est toutefois subordonnée à certaines conditions et limites, qui sont étroitement liées à la fois au but et à l'objet concret de la législation envisagée.

Ainsi, il faut tout d'abord que la réglementation envisagée ait un lien avec le droit du travail, en principe *salarié*¹⁹⁰, et de la protection des travailleuses et des travailleurs, au sens de l'art. 110 al. 1 let. a, c'est-à-dire que, par son contenu, cette réglementation ait pour objet de régir la condition de ces travailleuses et travailleurs, ou le comportement des employeuses et employeurs. Tel serait le cas par exemple :

- de mesures qui inciteraient – par des campagnes de sensibilisation ou un soutien financier –, voire obligerait, les entreprises à améliorer la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, notamment par la création de places d'accueil extrafamilial et parascolaire ;
- de mesures qui auraient pour but de régler le statut des personnes qui travaillent dans le secteur de l'accueil extrafamilial et parascolaire, notamment pour leur assurer – tout spécialement à celles et ceux qui travaillent dans le secteur informel – des conditions de travail minimales¹⁹¹ ;
- de mesures consistant à affecter les aides financières de la Confédération à la réduction des tarifs des places d'accueil extrafamilial et parascolaire en faveur des parents qui travaillent, de manière à faciliter la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle¹⁹².

Sur la base de cette condition, il est ainsi tout à fait possible, à notre avis, de concevoir que l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution soit invoqué, en plus et à côté de l'art. 116 al. 1, pour élargir le champ d'application matériel de la réglementation fédérale sur l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, de manière à compléter la législation en question avec des mesures qui relèvent de la protection des travailleuses et des travailleurs et qui auraient pour but d'améliorer la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et, par voie de conséquence, de concrétiser le mandat constitutionnel relatif à l'égalité entre femmes et hommes.

En revanche, concevoir l'art. 110 al. 1 let. a comme le fondement exclusif – ou principal – d'une législation fédérale en matière d'accueil extrafamilial et parascolaire paraît plus délicat. Cela supposerait en effet de considérer que l'existence même de places d'accueil – en nombre suffisant – relève, en soi, en tant que mesure nécessaire à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans l'accès à une activité professionnelle, de la protection des travailleurs et, essentiellement, des travailleuses et tombe ainsi dans le champ d'application de l'art. 110 al. 1 let. a. Même si les données factuelles, statistiques et socio-politiques, exposées dans la première partie du présent avis, paraissent aller clairement dans ce sens, une telle conception représente sans doute un pas important qui élargirait assez sensiblement l'interprétation qui a été donnée jusqu'ici, en doctrine notamment, à l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution. On relèvera cependant qu'un tel élargissement de la sphère d'application de l'art. 110 a déjà été concrétisé en réalité – et admis par la doctrine et la pratique – lors de l'adoption de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes.

¹⁹⁰ Même si, par extension, ces mesures touchaient aussi, accessoirement, la protection des personnes de condition indépendante.

¹⁹¹ Un peu à l'image de ce qu'a fait la loi fédérale sur le travail au noir, du 17 juin 2005 (RS 822.41).

¹⁹² Ainsi que le demande, par exemple, le postulat Kathrin Bertschy, 19.4343, *Accueil extrafamilial des enfants. Affecter les aides financières de la Confédération à la réduction des tarifs en faveur des parents qui travaillent*, déposé en septembre 2019, au Conseil national.

V. Synthèse et résumé des conclusions

A. Le contexte politique, socio-économique et statistique

60. ***La conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et l'égalité entre femmes et hommes, en particulier en matière d'accès à la vie professionnelle.*** – La première partie du présent avis, dédiée à la présentation, sommaire, du contexte politique, socio-économique et statistique de la problématique, a permis de dresser trois constats et enseignements utiles à l'analyse juridique.

Tout d'abord, il apparaît que la parentalité – c'est-à-dire l'arrivée d'enfant(s) – accroît les inégalités entre les femmes et les hommes. Les statistiques démontrent que la problématique de l'articulation entre vie professionnelle et vie familiale est principalement, sinon essentiellement, une problématique féminine, qui n'impacte que très marginalement les pères.

D'autre part, les choix individuels et familiaux des couples – et des femmes – en termes d'activité professionnelle sont largement influencés par les politiques sociales, notamment l'existence de mesures qui favorisent la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. Les politiques actives encouragent ainsi les couples à choisir des pratiques plutôt égalitaires, alors que les politiques moins interventionnistes tendent à inciter les couples à se cantonner dans un modèle de répartition traditionnel, « genré ». La Suisse se caractérise à cet égard par une politique familiale plutôt modeste en comparaison internationale, tout particulièrement en ce qui concerne l'accueil extrafamilial et parascolaire. Les couples sont ainsi conduits à privilégier un modèle traditionnel dans lequel les pères investissent la sphère professionnelle et les mères celle des soins aux enfants. L'insuffisance des mesures de garde et d'accueil extrafamilial semble même être une des causes à la persistance de ce modèle plutôt traditionnel.

Or, ces mesures de garde et d'accueil extrafamilial sont une composante essentielle de l'insertion et de la réinsertion des mères au travail, de sorte que l'amélioration de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale est devenue aujourd'hui un objectif majeur des politiques en matière d'égalité de genre. Cet objectif est souvent justifié aussi par des considérations de politique économique, notamment le souci d'exploiter au mieux le personnel indigène qualifié, notamment l'activité professionnelle et l'emploi des mères de famille à forte qualification professionnelle. Le Conseil fédéral considère ainsi ces mesures comme un moyen incitant les mères à travailler davantage et donc à renoncer au temps partiel en faveur du temps plein, ce qui a des répercussions bénéfiques en matière d'égalité des genres au sein du couple.

Dans la mesure où 80% des mères travaillent, ces structures d'accueil extrafamilial et parascolaire peuvent donc être vues aussi comme relevant – en plus et/ou à côté de la politique familiale traditionnelle – de mesures qui visent à garantir l'égalité entre femmes et hommes en général, mais aussi, en particulier, dans l'accès à la vie professionnelle.

La pratique des autorités, tout comme la doctrine juridique, a toujours considéré les mesures d'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants comme relevant de la protection de la famille et de la politique familiale. Il semble toutefois que ce rattachement doive être nuancé aujourd'hui. En effet, la doctrine relative à l'élimination des inégalités entre les femmes et les hommes attribue à ces mesures une place essentielle dans l'élimination des rôles stéréotypés entre les deux sexes, en offrant les outils permettant aux femmes d'intégrer pleinement le marché du travail sans se préoccuper de la garde d'enfants et de travailler à temps plein si elles le souhaitent. Dans la mesure où l'existence d'infrastructures d'accueil semble être une condition nécessaire à l'effectivité du droit des femmes au travail, ces mesures paraissent glisser aujourd'hui dans la sphère de protection des travailleuses autant que dans la sphère de protection de la famille.

Le présent avis s'est donc attaché à examiner si, d'un point de vue juridique et constitutionnel, un tel rattachement à la protection des travailleuses est envisageable.

B. L'analyse juridique

1. L'avis de l'Office fédéral de la justice de 2001

61. **Un recours possible à l'art. 110 al. 1 let. a.** – Dans un avis de droit rendu en 2001, l'Office fédéral de la justice considérait déjà que dans la mesure où l'art. 34ter al. 1 let. a de la Constitution de 1874 a pu servir de fondement constitutionnel à la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, l'art. 110 al. 1 let. a de la nouvelle Constitution pourrait, lui aussi, être considéré comme un fondement constitutionnel suffisant pour prendre des mesures allant dans le sens de l'initiative parlementaire Fehr, pour autant qu'il s'agisse de mesures qui concernent la situation des travailleuses et des travailleurs dans la vie professionnelle.

Ainsi, l'Office fédéral concluait dans son avis que la Constitution fédérale attribue, en son art. 116 al. 1, une compétence d'encouragement en faveur de la Confédération, qui habilite celle-ci à agir dans le sens de l'initiative parlementaire Fehr. En outre, il serait également envisageable, toujours selon l'Office fédéral, de recourir à l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution en tant que norme attributive de compétence.

2. L'analyse de la doctrine et de la pratique ultérieures : enseignements et appréciation

62. **Remarques liminaires.** – L'analyse de la doctrine et de la pratique postérieures à cette prise de position de l'Office de la justice permet de constater que la doctrine ne se prononce pas explicitement – ni de manière spécifique et précise – sur les questions posées au présent avis.

Il est néanmoins possible de tirer de cette analyse quelques éléments qui sont utiles et pertinents, constats qui sont les suivants.

63. **L'art. 116 al. 1 de la Constitution.** – Il est incontestable et incontesté, tout d'abord, que l'art. 116 al. 1 de la Constitution fournit, par sa deuxième phrase, une base explicite et claire à une action de soutien de la Confédération – telle que celle qui est prévue par l'actuelle législation fédérale – à l'égard des mesures d'accueil extrafamilial et parascolaire prises par d'autres, les cantons, les communes ou d'autres institutions, même de droit privé.

Cette action n'a pas, du point de vue constitutionnel, à être soumise à une condition temporelle, en ce sens qu'elle ne doit pas être limitée dans le temps. Si elle l'est, c'est pour des motifs d'ordre politique, mais ce n'est pas en vertu du droit constitutionnel.

En revanche, cette compétence est limitée par le fait qu'elle est une compétence de soutien – ou d'encouragement – seulement, ce qui implique une double limite : d'une part, la Confédération n'a pas de compétence législative générale en matière de politique familiale en tant que telle, elle n'est autorisée à légiférer que dans la mesure nécessaire pour réglementer les activités de soutien aux familles (condition d'octroi du soutien financier et autres éléments connexes) ; d'autre part, la Confédération n'est habilitée à intervenir que pour encourager les mesures prises par d'autres, par des tiers ; autrement dit, son action est subsidiaire, et la compétence de la Confédération ne se substitue pas aux compétences cantonales.

64. **Les articles 41 et 8 al. 3 de la Constitution.** – Il est tout aussi clair – et admis de manière assez générale, pour ne pas dire unanime – que ni l'art. 41, relatif aux buts sociaux, ni l'art. 8 al. 3, 2^{ème} phrase, relatif au mandat de réaliser l'égalité, de droit et de fait, entre femmes et hommes, ne

constituent des dispositions qui attribuent à la Confédération une compétence de légiférer. Ces dispositions représentent toutes deux des mandats, certes impératifs, assignés tant à la Confédération qu'aux cantons, de poursuivre certains objectifs de politique sociale et de politique d'égalité des genres.

Même si, matériellement, de par leur contenu, ces dispositions visent et incluent les mesures en faveur de l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, qui sont d'ailleurs mentionnées à ce titre par la doctrine, elles n'ont pas – du moins à elles seules – la nature de normes d'attribution de compétences législatives.

Pour ce qui est de l'art. 41, cela résulte explicitement du texte même de la disposition (art. 41 al. 3), de la systématique du texte constitutionnel et des travaux préparatoires, comme l'a du reste montré l'Office fédéral de la justice en 2001. La position de la doctrine, aujourd'hui, n'est pas différente, la doctrine ne reconnaissant d'ailleurs à l'art. 41 qu'une portée normative assez limitée. L'art. 41 n'est du reste en principe jamais invoqué à l'appui des lois fédérales.

Pour ce qui est de l'art. 8 al. 3, 2^{ème} phrase, la même conclusion résulte du fait que le mandat de réaliser l'égalité de droit et de fait s'adresse à la *loi* de manière générale, par quoi il faut entendre, de l'avis unanime de la doctrine, aussi bien la loi cantonale ou communale que la loi fédérale. Il en résulte que, là encore, la disposition n'est pas susceptible de fonder – à elle seule du moins – une compétence législative en faveur de la Confédération. Cela résulte aussi de la systématique du texte constitutionnel.

Néanmoins, pour ce qui est de l'art. 8 al. 3, on peut considérer que le mandat contenu par la deuxième phrase de cette disposition, qui est appuyé de plus par diverses obligations internationales qui lient la Suisse, est sensiblement plus contraignant et impératif que les mandats résultant de l'art. 41, de sorte qu'il ne paraît pas absolument exclu que l'art. 8 al. 3 soit utilisé pour appuyer, à côté de – et avec – une (autre) norme constitutionnelle attributive de compétence, une compétence législative fédérale.

Tel a du reste été le cas, en pratique, pour la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, qui se fonde notamment sur l'art. 8 al. 3, à côté d'autres normes de la Constitution fédérale, sans que la doctrine n'ait, sauf quelques exceptions, véritablement protesté contre un tel usage.

65. **L'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution.** – La réponse à la question principale posée au présent avis – de savoir si l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution peut ou pourrait aussi constituer le ou un fondement constitutionnel d'une législation fédérale en matière d'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants – est moins évidente.

L'Office fédéral de la justice l'a admis dans son avis de droit du 25 octobre 2001 sans toutefois approfondir complètement la problématique. Pour ce qui est de la doctrine, elle ne donne pas de réponse spécifique à la question.

Tous les auteurs admettent certes – sans trop s'y arrêter – que matériellement, de par son contenu, la disposition, dont le champ d'application est *a priori* très large, peut théoriquement ou pourrait viser et inclure des mesures comme celles de l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, qui sont d'ailleurs explicitement mentionnées à ce titre par plusieurs auteurs. La doctrine souligne néanmoins que la compétence accordée à la Confédération par cette disposition est restreinte – ou limitée – au travail *salarie*, d'une part, ainsi que, d'autre part, au moins pour certains auteurs, à la « relation de travail » ou, mieux, à la relation entre l'État et les employeurs ou entre l'État et les travailleurs.

On peut donc se demander si cela constitue un obstacle ou une limite à une compétence législative fondée sur cette disposition ou, en d'autres termes, si la législation en la matière

devrait être limitée aux seules personnes salariées et à un seul objectif étroit de « protection des travailleuses et des travailleurs ».

La pratique des autorités fédérales, notamment du législateur, fournit à cet égard quelques indices. Tout d'abord, on peut constater que l'art. 110 al. 1 let. a est assez souvent invoqué comme fondement de lois relativement différentes les unes des autres, mais qu'il est le plus souvent invoqué en combinaison avec d'autres bases constitutionnelles, et cela dans la mesure où ces législations poursuivent, à côté et en plus de la protection des travailleuses et des travailleurs, d'autres intérêts publics. La limitation au seul « travail salarié » et à la seule « protection » des travailleuses et travailleurs passe ainsi quelque peu au second plan.

Cela vaut par exemple, en plus de la *loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes*, pour la *loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif*, de 2007, et la *loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (loi sur les produits chimiques)*, de 2000, mais même, aussi, pour des lois plus anciennes, comme la *loi fédérale sur la circulation routière*, de 1958.

Il apparaît ainsi que l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution a été invoqué assez fréquemment, dans la pratique, en tant que fondement constitutionnel partiel, à côté d'autres, à l'appui de lois fédérales qui n'avaient pas – parfois même loin s'en faut – pour objet principal ou prioritaire de régler des questions strictement liées aux relations de travail (relevant du seul travail *salarié*), ni pour but premier de protéger les travailleuses et les travailleurs. Dans tous ces cas, toutefois, l'art. 110 accompagnait et épaulait, en quelque sorte, un autre fondement constitutionnel, principal, dans la mesure où la loi en question comportait aussi une dimension, le plus souvent accessoire, de protection des travailleuses et des travailleurs.

3. Conclusions et réponses aux questions posées

66. **Une compétence fédérale plus étendue fondée sur les articles 116 al. 1, 110 al. 1 let. a et 8 al. 3 de la Constitution.** – Il résulte de ce qui précède que, comme l'avait déjà indiqué, sans toutefois entrer dans le détail, l'Office fédéral de la justice dans son avis du 25 octobre 2001, il nous paraît possible – ou du moins pas exclu – d'invoquer aussi, à côté de l'art. 116 al. 1, d'autres normes de la Constitution fédérale, en particulier une combinaison de l'art. 110 al. 1 let. a et de l'art. 8 al. 3, pour fonder une compétence de la Confédération qui dépasse le cadre de la compétence actuelle basée uniquement sur l'art. 116 al. 1.

Il n'est donc à notre avis pas exclu d'envisager que l'action législative de la Confédération puisse se fonder, en plus ou à côté de l'art. 116 al. 1, sur les articles 110 al. 1 let. a et 8 al. 3 de la Constitution.

Cela au même titre, en quelque sorte, que la *loi sur l'égalité entre femmes et hommes* est fondée sur plusieurs dispositions, qui « couvrent » chacune une partie de la loi : l'art. 110 al. 1 let. a pour le droit public du travail (et le droit de la fonction publique cantonale et communale), l'art. 122 pour le droit privé du contrat de travail et l'art. 173 al. 2 pour le droit du personnel fédéral, l'art. 8 al. 3 soutenant l'objectif général de la loi, à savoir la concrétisation de l'égalité de genre commandée par la Constitution.

Au même titre aussi que la *loi sur le tabagisme passif*, qui poursuit à la fois un objectif de protection de la santé en général et, en même temps, de protection des travailleuses et des travailleurs, est fondée sur les articles 118 (al. 2 let. b) et 110 (al. 1 let. a) de la Constitution, ou encore que la *loi sur les produits chimiques* ou même la *loi sur la circulation routière* sont basées elles aussi, en partie, sur l'art. 110 al. 1 let. a, en plus d'autres dispositions constitutionnelles.

67. **Conditions et limites d'une telle extension de la compétence fédérale.** – Cette possibilité est toutefois subordonnée à certaines conditions et limites, qui sont étroitement liées à la fois au but et à l'objet concret de la législation envisagée.

Ainsi, il faut tout d'abord que la réglementation envisagée ait un lien avec le droit du travail, en principe *salarie*¹⁹³, et de la protection des travailleuses et des travailleurs, au sens de l'art. 110 al. 1 let. a, c'est-à-dire que, par son contenu, cette réglementation ait pour objet de régir la condition de ces travailleuses et travailleurs, ou le comportement des employeuses et employeurs. Tel serait le cas par exemple :

- de mesures qui inciteraient – par des campagnes de sensibilisation ou un soutien financier –, voire obligeraient les entreprises à améliorer la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale, notamment par la création de places d'accueil extrafamilial et parascolaire ;
- de mesures qui auraient pour but de régler le statut des personnes qui travaillent dans le secteur de l'accueil extrafamilial et parascolaire, notamment pour leur assurer – tout spécialement à celles et ceux qui travaillent dans le secteur informel – des conditions de travail minimales¹⁹⁴ ;
- ou encore de mesures consistant à affecter les aides financières de la Confédération à la réduction des tarifs des places d'accueil extrafamilial et parascolaire en faveur des parents qui travaillent, de manière à faciliter la conciliation entre vie familiale et vie professionnelle¹⁹⁵.

Sur la base de cette condition, il est ainsi tout à fait possible, à notre avis, de concevoir que l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution soit invoqué, en plus et à côté de l'art. 116 al. 1, pour élargir le champ d'application matériel de la réglementation fédérale sur l'accueil extrafamilial et parascolaire des enfants, de manière à compléter la législation en question avec des mesures qui relèvent de la protection des travailleuses et des travailleurs et qui auraient pour but d'améliorer la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale et, par voie de conséquence, de concrétiser le mandat constitutionnel relatif à l'égalité entre femmes et hommes.

En revanche, concevoir l'art. 110 al. 1 let. a comme le fondement exclusif – ou principal – d'une législation fédérale en matière d'accueil extrafamilial et parascolaire paraît plus délicat. Cela supposerait en effet de considérer que l'existence même de places d'accueil – en nombre suffisant – relève, en soi, en tant que mesure nécessaire à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans l'accès à une activité professionnelle, de la protection des travailleurs et, essentiellement, des travailleuses et tombe ainsi dans le champ d'application de l'art. 110 al. 1 let. a. Même si les données factuelles, statistiques et socio-politiques, exposées dans la première partie du présent avis, paraissent aller clairement dans ce sens, une telle conception représente sans doute un pas important qui élargirait assez sensiblement l'interprétation qui a été donnée jusqu'ici, en doctrine notamment, à l'art. 110 al. 1 let. a de la Constitution. On relèvera cependant qu'un tel élargissement de la sphère d'application de l'art. 110 a déjà été concrétisé en réalité – et admis par la doctrine et la pratique – lors de l'adoption de la *loi sur l'égalité entre femmes et hommes*.

Neuchâtel, le 18 janvier 2021

Pascal Mahon

Bathsheba Huruy

¹⁹³ Même si, par extension, les mesures envisagées touchaient aussi, accessoirement, par effet réflexe en quelque sorte, la protection des personnes de condition indépendante.

¹⁹⁴ Un peu à l'image de ce qu'a fait la loi fédérale sur le travail au noir, du 17 juin 2005 (RS 822.41).

¹⁹⁵ Ainsi que le demande, par exemple, le postulat Kathrin Bertschy, 19.4343, *Accueil extrafamilial des enfants. Affecter les aides financières de la Confédération à la réduction des tarifs en faveur des parents qui travaillent*, déposé en septembre 2019, au Conseil national.